

DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL, SU FLEXIBILIZACIÓN Y DESFIGURACIÓN EN TIEMPOS DE CORONAVIRUS¹

TEMPORARY INCAPACITY BENEFIT: INCREASED FLEXIBILITY AND MISREPRESENTATION IN THE CONTEXT OF CORONAVIRUS

Miguel Ángel MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA
Universidad de Sevilla
Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-0345-5046>
mamgijon@us.es

RESUMEN: La incapacidad temporal ha sido un recurso clave durante la pandemia por coronavirus que ha azotado España. Ha permitido la suspensión de los contratos de trabajo de los trabajadores contagiados o que debían quedar en obligatorio aislamiento por riesgo de contagiar o ser contagiados. El legislador de emergencia ha actuado con intensidad sobre esta prestación de la Seguridad Social, ampliando y alterando algunos de sus rasgos característicos con la finalidad de ofrecer una mayor protección social. El artículo que se presenta analiza con exhaustividad cuáles han sido esas modificaciones y plantea la cuestión de si desde el punto de vista de la técnica jurídica pueden ser calificadas como correctas. Asimismo, aborda otros aspectos que han podido ser menos visibles en relación con la prestación, como el funcionamiento interno de la prestación sanitaria y el subsidio económico, la protección de los datos médicos de los trabajadores de baja por coronavirus, el tránsito entre el desempleo y la incapacidad de los trabajadores en ERTE, así como la compatibilidad del subsidio por IT con otras prestaciones de Seguridad Social.

PALABRAS CLAVE: coronavirus, incapacidad temporal, seguridad social, legislación de emergencia, ERTE.

1. Este trabajo se desarrolla en el marco del Proyecto de Investigación “Nuevas Dinámicas y Riesgos Sociales en el Mercado de Trabajo del Siglo XXI: Desigualdad, Precariedad y Exclusión Social” (RTI2018-098794-B-C31).

Recibido: 30-7-2020; Aceptado: 28-9-2020; Versión definitiva: 5-10-2020.

Copyright: © Editorial Universidad de Sevilla. Este es un artículo de acceso abierto distribuido bajo los términos de la licencia de uso y distribución Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 4.0 (CC BY-NC-ND 4.0)

ABSTRACT: Temporary Incapacity has been a vital resource during the coronavirus pandemic which has raged through Spain. It has allowed the temporary suspension of employment contracts for workers who have contracted the virus, or for those who have been placed in mandatory isolation due to the risk of exposure to the virus. The emergency legislator has taken drastic measures to broaden and amend some of the relevant features of this social security benefit in order to offer greater public protection. This paper provides an extensive analysis of these amendments and poses the question whether, from the point of view of legal technique, these amendments can be deemed correct. Furthermore, it highlights other less visible key aspects relating to the benefit, such as how the internal connection functions between health benefits and economic subsidy, the protection of the medical records of workers on sick leave due to coronavirus and the transition between unemployment and incapacity of employees on ERTE as well as the compatibility of the subsidy through IT with other social security benefits.

KEYWORDS: coronavirus, temporary incapacity, social security, exceptional legislator, temporary workforce restructuring plan (ERTE).

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN: EL CONTEXTO SOCIOLABORAL. 2. UNA CONTINGENCIA FRAGMENTADA Y DE “RIESGO” DOBLE. 3. EL CONTAGIO POR COVID DEL PERSONAL SANITARIO COMO INCAPACIDAD TEMPORAL DERIVADA DE ACCIDENTE DE TRABAJO. 4. SOBRE LA DINÁMICA DE LAS PRESTACIONES SANITARIA Y ECONÓMICA. 4.1. La prestación sanitaria. 4.1.1. *Perspectiva general*. 4.1.2. *La protección de los datos médicos del trabajador*. 4.1.3. *Régimen de atención para los profesionales sanitarios*. 4.2. La prestación económica. 5. DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL AL ERTE O VICEVERSA. 5.1. Inclusión en ERTE de trabajador en situación de IT. 5.2. Trabajador incluido en ERTE que pasa a situación de IT. 6. COMPATIBILIDADES E INCOMPATIBILIDADES DEL SUBSIDIO CON OTRAS PRESTACIONES. 7. LA INCAPACIDAD TEMPORAL DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS EN RÉGIMENES ESPECIALES. 8. CONCLUSIÓN. 9. BIBLIOGRAFÍA CITADA.

1. INTRODUCCIÓN: EL CONTEXTO SOCIOLABORAL

Tanto los instrumentos existentes en la legislación laboral para hacer frente a la suspensión del contrato de trabajo o a la reducción de su jornada, como las prestaciones que la Seguridad Social contempla para suplir las rentas salariales dejadas de percibir, han ocupado un lugar de especial relevancia en la situación de pandemia por covid-19 que hemos atravesado y que todavía no ha desaparecido de modo absoluto².

2. En los momentos en los que se concluye este artículo –finales de julio de 2020– están apareciendo brotes del virus en distintas partes del país y existe una cierta preocupación de que se vuelva a reproducir la situación de confinamiento que atravesamos durante los pasados meses de marzo, abril y mayo.

Igualmente, el teletrabajo –en forma de rápida inmersión para muchos trabajadores– se ha presentado como una alternativa a la compleja situación social.

Desde el Ministerio de Sanidad, uno de los objetivos que se han perseguido con especial ahínco –siguiendo el ejemplo de otros países que habían sido azotados por el virus– ha sido conseguir que los ciudadanos evitaran el contacto con personas ajenas a su entorno más cercano (los no convivientes en su propio domicilio) para así poner fin a la cadena de contagios. Dado que el lugar de trabajo –y las actividades de servicios que esos trabajos conllevaban– constituían algunos de esos *ubis* donde el contagio podía producirse, se planteó el cese temporal de todas las actividades que no tuvieran el carácter de imprescindibles. Ese “paro” de actividad fue llevado a cabo en dos fases: una primera, más suave, que la ejecutó el RD 463/20 al declarar el Estado de Alarma³, y otra posterior, más intensa, implantada por el RDL 10/20, relativo al permiso para trabajadores de actividades no esenciales con el objetivo de reducir al máximo la movilidad de la población⁴.

Si bien hemos de considerar que la ciudadanía aceptó bien esas medidas, dada la situación que atravesaba el país, no dejaban de ser medidas muy generales que afectaban a empresas cuyo titular y trabajadores podían encontrarse perfectamente sanos y a quienes, precisamente a través de la figura del Estado de Alarma, se les imponía un cese o prohibición de ejercicio temporal de la actividad empresarial, afectando directamente tanto a la libertad de empresa como al derecho al trabajo (arts. 38 y 35 CE, respectivamente). De ahí que el Gobierno, consciente de ello, trató de mitigar al máximo esa limitación a través de un planteamiento flexible y favorable para que las suspensiones contractuales –percibidas subjetivamente por los afectados bien como justificadas o bien como impuestas– fueran acompañadas de unas rentas de sustitución de los salarios dejados de percibir y que el coste del mantenimiento de esas suspensiones para las empresas fuera lo más reducido posible, mediante las exoneraciones de la cotización a la Seguridad Social junto a otras medidas en el ámbito fiscal.

Las consecuencias del contagio por covid se calificaron como fuerza mayor. Si bien un número importante de empleos se mantuvieron tras la declaración del Estado de Alarma, y los trabajadores pudieron acudir a realizarlos provistos de la declaración empresarial correspondiente, se dieron también –y hoy día persisten en diversos puntos del país– situaciones de confinamiento absoluto de localidades donde el nivel de contagio, en relación con su población, resultaba excesivo. Los trabajadores de dichos municipios quedaron imposibilitados para trasladarse a sus puestos de trabajo.

3. De 14 de marzo.

4. Su denominación completa es: de 29 de marzo, por el que se regula un permiso retribuido recuperable para las personas trabajadoras por cuenta ajena que no presten servicios esenciales, con el fin de reducir la movilidad de la población en el contexto de la lucha contra el covid.

2. UNA CONTINGENCIA FRAGMENTADA Y DE “RIESGO” DOBLE

La contingencia de incapacidad temporal, tal como está configurada en la LGSS, resultaba insuficiente para incluir todas las situaciones que el coronavirus planteaba, básicamente por reducirse a situaciones de falta de salud con síntomas manifiestos. Es cierto que la misma ofrecía también el supuesto del periodo de observación por enfermedad profesional (en adelante: EP), pero la estrategia frente al covid requería el aislamiento de personas que hubieran estado en contacto –siquiera mínimo– con la persona contagiada, aunque no manifestara síntoma alguno, lo que se alejaba de ese periodo de observación, que sí exigía una mínima indisposición del trabajador, determinando el alejamiento del posible foco de EP (silicosis, como ejemplo típico). Por otro lado, al margen del embarazo o la lactancia natural, no existía ninguna contingencia en el Sistema para riesgos frente a enfermedades raras o desconocidas. Hubiera cabido la opción de considerar el coronavirus como riesgo catastrófico *ex art.* 160 LGSS, pero esto hubiera requerido una declaración expresa por Ley e imposibilidad de recurrir a la Seguridad Social como instrumento de protección, lo que hubiera resultado ciertamente inadecuado, salvo que se hubiera aprobado una legislación de emergencia con creación de prestaciones *ad hoc* para la situación de pandemia.

Por los motivos que se acaban de señalar, el legislador decidió ampliar el contenido de la contingencia por IT, de manera extraordinaria y temporal, a dos supuestos específicos:

- a) El periodo denominado de “cuarentena”, entendiéndose por tal la restricción de las actividades o separación de las personas que no estuvieran enfermas pero que podían haber estado expuestas a la covid-19, cuyo evidente objetivo venía a ser la prevención de “la propagación de la enfermedad en el momento en que las personas empiezan a presentar síntomas”⁵; y
- b) las situaciones de imposibilidad de desplazamiento al centro de trabajo por confinamiento severo de un determinado municipio o localidad⁶.

Además, se trató de ampliaciones previstas tanto para los trabajadores por cuenta ajena como por cuenta propia o autónomos; así como para los funcionarios públicos,

5. Se diferencia del aislamiento en que este “significa separar a las personas que están enfermas con síntomas de covid-19 y pueden ser contagiosas, para prevenir la propagación de la enfermedad”. Consultado en web de la Organización Mundial de la Salud-OMS 2020.

6. Sobre algunos ejemplos de las mismas: Martínez-Gijón Machuca 2020. Por otro lado, junto a estas dos, más tarde se añadirá la de los trabajadores especialmente sensibles, a quienes se les dará de baja por el riesgo para su salud que supondría la asistencia a sus centros de trabajo. Así se constata en INSS 2020a “Actualización a 17 de junio de 2020 de las instrucciones aclaratorias relativas a los procesos de incapacidad temporal emitidos a los trabajadores especialmente sensibles por especial vulnerabilidad frente al coronavirus SARS-CoV-2”.

si bien para estos últimos no se contemplaron las situaciones de imposibilidad de desplazamiento, sin que se entendiera bien la razón de dicha omisión⁷.

Es el art. 5 RDL 6/20 el que, tras ser reformado⁸, se refiere a estas extensiones, si bien a través de una técnica, a mi juicio, inadecuada, dado que no procede a una ampliación de la contingencia, sino del concepto “accidente de trabajo” del art. 156 LGSS. El legislador, de modo sorprendente, decide dividir en dos la contingencia y la subsiguiente prestación, atribuyendo, por un lado, distinto riesgo causal a la alteración de la salud –y subsiguiente prestación de asistencia sanitaria, que entiende derivada de enfermedad común–, y, por otro lado, a la imposibilidad de trabajar –y consiguiente subsidio económico–, al que atribuye por causa el accidente de trabajo⁹. Se trata de una división imposible y ficticia que desvirtúa enormemente la contingencia, ya que la alteración de la salud y la imposibilidad de trabajar no permiten escisión alguna. Para el Derecho del Trabajo, al que se orienta el Derecho de la Seguridad Social, la alteración de la salud –si no imposibilita el trabajo– no resulta relevante, en el sentido de que “solo aquellas alteraciones de la salud que desde un punto de vista medio impiden la realización del trabajo en cuestión deben suspender el contrato y ser atendidas mediante la asistencia sanitaria y subsidiadas económicamente”. Es cierto que la asistencia sanitaria ha ido aumentando su autonomía en cuanto a la gratuidad en su dispensación, pero la función del médico sigue siendo determinante para la contingencia, ya que él es quien decide si la persona que acude a la consulta está o no en condiciones de proseguir ejecutando su trabajo profesional.

Por otro lado, a nivel interno, la Secretaría de Estado de la Seguridad Social y el INSS deciden que no se les expida parte de baja médica a los trabajadores que tengan temor a contagiarse de coronavirus en sus centros de trabajo, pero que no sean especialmente sensibles al covid, y sí a quienes acrediten tal sensibilidad mediante informe del Servicio de Prevención de Riesgos Laborales, que, a su vez, se ceñirá a los siguientes grupos o colectivos: estado biológico conocido debido a patologías previas,

7. Arts. 5 RDL 6/20, de 10 de marzo, por el que se adoptan determinadas medidas urgentes en el ámbito económico y para la protección de la salud pública, apdos. 1 y 2; y 11 RDL 7/20, de 12 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes para responder al impacto económico del COVID-19. Valorando positivamente las ampliaciones: Arenas Gómez 2020b.

8. El art. 5 RDL 6/20 fue reformado por el RDL 13/20, de 7 de abril, por el que se adoptan determinadas medidas urgentes en materia de empleo agrario, por el RDL 27/20, de 4 de agosto, de medidas financieras, de carácter extraordinario y urgente, aplicables a las entidades locales, que fue derogado, y, por último, por el RDL 28/20, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia, que recupera el contenido de la reforma del RDL no convalidado por el Congreso, y establece algunas medidas más de control para evitar situaciones de fraude en la percepción de este peculiar subsidio.

9. El planteamiento original de contingencia única es claro en el art. 3 RD 625/2014, de 18 de julio, por el que se regulan determinados aspectos de la gestión y control de los procesos por incapacidad temporal en los primeros trescientos sesenta y cinco días de su duración.

medicación, trastornos inmunitarios o embarazo. La baja médica se condiciona a la imposibilidad de reubicación del trabajador en otro puesto de la empresa¹⁰.

La norma que lleva a cabo la fractura de la contingencia de IT no justifica las razones de proceder así. ¿Por qué establecer el accidente de trabajo como riesgo del subsidio económico? Puede pensarse en el deseo de evitar que ningún trabajador, por no reunir el periodo de cotización de ciento ochenta días en los seis meses anteriores al hecho causante, pudiera quedarse sin subsidio, así como la intención de optar por los rasgos más favorables que el subsidio de IT tiene cuando deriva de riesgos profesionales: el inicio de su concesión desde el día siguiente al parte médico de baja (sin ser precisa la espera o carencia de tres días, como sucede en los riesgos comunes), su dispensación a cargo de la TGSS, ISM o Mutua Colaboradora de la Seguridad Social (en adelante: MCSS) desde el cuarto día desde la baja médica (en lugar de ser al exclusivo cargo de la propia empresa), y su cuantía igual al 75% de la base reguladora (en lugar de un primer periodo al 60% para pasar, a partir del día vigésimo primero, al 75% de dicha base). ¿Por qué no determinar que la asistencia sanitaria también se entendiera derivada de un AT? Es posible que esto se debiera al deseo del Gobierno, al tratarse de una pandemia, de tratarla como cuestión de Estado, unificando en los Servicios Públicos de Salud (en adelante SPS) las decisiones de bajas y altas médicas por covid, dejando fuera a las MCSS, donde los intereses privados están presentes. A modo de excepción, el art. 5.1, pfo. 1º RDL 6/20 establece que si se prueba que el contagio se produjo en el lugar de trabajo, la asistencia sanitaria tendrá por causa el AT y no la enfermedad común. Esto último puede resultar enormemente difícil de demostrar, aparte de que introduce mayor complicación en la gestión de la IT por covid, dado que intervendrán como gestoras las MCSS en este supuesto.

En todo caso, la asimilación al AT de los periodos de tiempo de aislamiento, de contagio o de restricción de movimientos, resulta, a mi juicio, forzada. En primer lugar, porque, si acaso, la equivalencia tendría que haberse realizado con la enfermedad y no con el periodo de tiempo de su padecimiento o de su cuarentena; y, en segundo lugar, porque el carácter de enfermedad común (en adelante: EC) del covid resulta indiscutible. Más difícil, si no imposible, es tratar de dar respuesta a la asimilación al AT de la restricción de movimientos: la relación con el AT es ni siquiera aproximada. Se termina por producirse una equiparación, pese a la afirmado por el RDL, entre la IT, entendida en sentido literal como la “incapacidad o imposibilidad de trabajar” y la “prohibición de desplazarse”; o, visto desde otra perspectiva, como una suspensión del contrato de trabajo impuesta por el Gobierno que termina recibiendo la cobertura de una prestación de la Seguridad Social (el subsidio por IT) por decisión del mismo Gobierno. Por lo demás, la utilización del término

10. INSS 2020b, 1.

“aislamiento” como sinónimo de “cuarentena” se separa de la definición ofrecida por la OMS, a la que me he referido *infra*, debiéndose haber utilizado este segundo término, ya que el “aislamiento”, al precisar la existencia de síntomas, presenta una relación mayor con la baja médica por covid.

3. EL CONTAGIO POR COVID DEL PERSONAL SANITARIO COMO INCAPACIDAD TEMPORAL DERIVADA DE ACCIDENTE DE TRABAJO

Así como he manifestado mis dudas sobre la incorrección técnica de la calificación del contagio general por coronavirus como AT, en el caso del personal sanitario la cuestión presenta importantes matices. Junto a enfermedades comunes, la LGSS considera otras específicas de determinados ambientes laborales, del contacto con determinados agentes de tipo químico, biológico, etc. Y que al entender del legislador precisan una mayor atención, pues la Seguridad Social nace muy ligada a los riesgos en el ejercicio del trabajo. De ahí, como es sabido, la especial protección de los AT y de las EP por el Sistema.

Una primera cuestión que cabe plantearse es si, en el caso del coronavirus, cabría sostener que estamos ante una EP. De acuerdo con el concepto y contenido de tal categoría en la LGSS, alcanzar la respuesta es relativamente fácil: basta constatar la presencia o no de la misma, junto al agente biológico, en el listado que de modo taxativo expone el RD 1299/2006¹¹. Si tal constatación diera un resultado negativo, todavía sería posible calificarla de AT, ya que tal concepto engloba también ciertas enfermedades. Lo cierto es que una lectura rápida de la norma reglamentaria citada y el hecho de que no suele ser habitual que enfermedades profesionales sean, a la vez, como sucede en este caso, también comunes, puede llevar a una respuesta negativa. Lo anterior recibe el respaldo de la posición del Gobierno cuando en el art. 9 RDL 19/20¹² determina su condición de AT, por la vía del art. 156.2.e) LGSS¹³. Sin embargo, alguna opinión doctrinal defiende su carácter de EP con argumentos sólidos, como son, por un lado, el hecho de que una lectura más detenida del RD 1299/2006, en conexión con el RD 664/1997, localiza al virus “Coronaviridae” entre las patologías que tienen carácter de EP para el personal sanitario, y, por otro lado,

11. De 10 de noviembre, por el que se aprueba el cuadro de enfermedades profesionales en el Sistema de la Seguridad Social y se establecen criterios para su notificación y registro.

12. De 26 de mayo, por el que se adoptan medidas complementarias en materia agraria, científica, económica, de empleo y Seguridad Social y tributarias para paliar los efectos del covid-19.

13. “Las enfermedades, no incluidas en el artículo siguiente, que contraiga el trabajador con motivo de la realización de su trabajo, siempre que se pruebe que la enfermedad tuvo por causa exclusiva la ejecución del mismo”.

la Directiva 2000/54 ha sido recientemente modificada para la inclusión del SARS-CoV-2 en su Anexo III¹⁴.

Salvo que se decida un cambio en la contingencia, de momento la calificación del covid-19 para el personal sanitario será de AT, si bien el art. 156.2.e) LGSS establece en este caso una prueba “diabólica”, en el sentido de que se demuestre por el trabajador “que la enfermedad tuvo por causa exclusiva la ejecución del mismo”. Si bien para los facultativos que decidieron aislarse, en confinamiento, de sus familiares y limitar sus salidas a las necesidades laborales, pudiera ser algo más asequible, para los demás podría ser imposible si compaginaron trabajo con el contacto con otras personas (vía pública, comercios, etc.). El Gobierno, como si fuera consciente de ello, altera en el RDL citado el propio precepto legal, convirtiendo su presunción *iuris tantum* en otra *iuris et de iure*, de darse los siguientes dos elementos: a) Exposición al coronavirus durante la prestación de servicios sanitarios y socio-sanitarios; y b) acreditación de la misma por el Servicio de Prevención de Riesgos Laborales y Salud Laboral.

La opción por el AT como riesgo de origen afecta a todas las prestaciones de la Seguridad Social que, relacionadas con el coronavirus, pueda causar el personal sanitario afectado. Falta, quizás, una especificación de hasta dónde alcanza, desde el punto subjetivo y de grupos profesionales, ese “personal sanitario” que cita la norma. Indirectamente, si se compara el art. 9 RDL 19/20 con el art. 5 RDL 6/20, se suscita la duda de que otras prestaciones causadas por trabajadores no sanitarios, diversas pero ligadas a la IT por coronavirus, pudieran “recuperar” el origen común –derivadas de EC, por tanto–. Considero que la duda debe ser resuelta en favor de considerar derivadas de AT todas las prestaciones económicas posteriores que guarden la más mínima relación con la IT padecida (incapacidad permanente, o viudedad/orfandad en caso de fallecimiento).

La crítica que se podía hacer al precepto en cuanto limitaba la calificación de AT a los contagios sufridos “hasta el mes posterior al Estado de Alarma” ha sido enmendada por la DA 4ª RDL 28/20¹⁵. Por otro lado, carece de sentido la limitación

14. El Anexo 1 RD 1299/2006 (enfermedades profesionales del personal sanitario) remite al Anexo 2, Grupo 2 RD 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. La Directiva 2000/54, 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 (Séptima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE) ha sido modificada por la Directiva 2020/739, de la Comisión, de 3 de junio de 2020, cuya transposición al Derecho Interno es de esperar que se produzca en breve espacio de tiempo. Cfr. Arenas Gómez 2020a.

15. Se trata de un “arreglo” de urgencia, ante la no convalidación por el Congreso de los Diputados del RDL 27/20 y la derogación, por tanto, de la prórroga que establecía la DA 8ª de la última norma citada.

que se pretende hacer del origen de la muerte del facultativo y de las prestaciones por muerte y supervivencia (básicamente: viudedad y orfandad), que pueda causar. El legislador de emergencia, en un ahora extraño “recorte” de laboralidad, dispone la aplicación del art. 217.2 LGSS limitando la prueba que demuestre la conexión entre la muerte y el coronavirus a un plazo de cinco años posteriores “a la fecha del accidente”. A mi juicio, se trata de un claro desacierto porque el artículo citado utiliza un concepto estricto de AT, restringido a la lesión, luego no inclusivo de la enfermedad; baste constatar que el mismo precepto señalado no indica límite temporal alguno a la prueba de conexión cuando se trata de una EP.

Por último, la DT 3ª RDL 19/20, a mi juicio de dudosa constitucionalidad también, decide prohibir la retroacción del art. 9 de dicha norma, en el sentido de que la prestación de asistencia sanitaria por covid que se haya dispensado a los médicos y personal sanitario con anterioridad a la entrada en vigor del RDL, tendrá su origen en una EC y no en un AT. Esto conculca el art. 156.2.e) LGSS, que permite la prueba del carácter laboral de la contingencia; aparte de que es discriminatorio si se tiene en cuenta que el art. 5.1 RDL 6/20 sí la contempla para los trabajadores no sanitarios. Es cierto que no hay intereses económicos inmediatos que defender, pero en Derecho no solo nos podemos mover por aspectos monetarios.

4. SOBRE LA DINÁMICA DE LAS PRESTACIONES SANITARIA Y ECONÓMICA

4.1. La prestación sanitaria

4.1.1. *Perspectiva general*

Como ya he tenido ocasión de comentar en un artículo doctrinal anterior, la expedición de los partes sanitarios de baja médica puede presentar algunas dificultades ante el cierre de los Servicios de asistencia sanitaria ambulatoria o la saturación de las Urgencias de los diversos Hospitales¹⁶. Por supuesto, la dificultad para la atención telefónica personalizada es obvia en una situación de este tipo. De ahí que no pocos de estos partes hayan debido expedirse con posterioridad al cese en el trabajo, sin perjuicio de su retroacción a los momentos de los primeros síntomas, si bien con una clara dificultad de prueba de los mismos. Esto parece un problema menor, pero no lo es, ya que la falta de control ha podido permitir la percepción del subsidio económico durante periodos incorrectos de tiempo, tanto por menor duración de los mismos como por mayor extensión. Con la finalidad de evitar esos desajustes,

16. Martínez-Gijón Machuca 2020.

se previó su momento la coordinación de las empresas con las Inspecciones Médicas de los SPS¹⁷.

El supuesto específico de la restricción de movimientos se aborda con mayor detalle por el legislador de urgencia. Pese a que aquí, propiamente, a mi entender, no estaríamos ante un parte médico de baja, la Secretaría de Estado de la Seguridad Social y el INSS establecen que se expida como tal por el SPS por necesidad de cuarentena o aislamiento¹⁸. Como indica el art. 5.1, último pfo. RDL 6/20, el ayuntamiento del domicilio del trabajador deberá certificar la acreditación de “restricción de la población”, así como “la denegación de la posibilidad de desplazamiento” ante el correspondiente órgano del SPS. Ante este mismo órgano deberá aportarse una certificación de la empresa (declaración responsable, de tratarse de un trabajador autónomo) indicando la imposibilidad de realizar dicho trabajo de forma telemática. El precepto citado atiende también a la peculiar situación que se produjo en determinados municipios, al coincidir la restricción especial de movimientos con el periodo coincidente con la Semana Santa, en donde el Gobierno decidió el cese absoluto de actividad en nuestro país, salvo los servicios esenciales, estableciendo *ex lege* un permiso retribuido recuperable desde el día 30 de marzo hasta el 9 de abril de 2020. Si el trabajador formaba parte de una de las empresas obligadas a dicho cese, la IT quedó extinta el 29 de marzo de 2020 (mediante un parte de alta) y se reinició, de persistir el especial confinamiento del municipio, a partir del día 9 de abril, mediante un nuevo parte de baja por IT. Si el trabajador formaba parte de una empresa dispensadora de servicios esenciales, la IT debería continuar sin cambios¹⁹.

Se previó un procedimiento de “entendimiento” interno, a través de los códigos de diagnóstico, entre el SPS y el INSS, para que este último pudiera identificar que se trataba de bajas por coronavirus y procediera a la conversión de EC en AT. El INSS procedió a la comunicación de la baja (EC desde el punto de vista sanitario, AT desde el económico) a las empresas y a las MCSS a través de los protocolos de intercambio de información establecidos con las mismas²⁰.

Si nos detenemos en los supuestos en los que se determinó procedente la expedición de los partes médicos de baja en situaciones de aislamiento, con una duración estimada entre 5 y 30 días de duración (procesos de IT de corta duración), se contemplaron diversos casos, que señalo a continuación y que supongo han podido ir variando o matizándose sus conceptos con posterioridad²¹:

17. Seguridad Social 2020a, 2.

18. INSS 2020b, 1.

19. Arts. 1-2 RDL 10/20, de 29 de marzo, cit.

20. INSS 2020b, 1.

21. INSS 2020b, que contiene al final un Documento con la definición de los distintos tipos de casos. He consultado también lo indicado en Ministerio de Sanidad e Instituto de Salud Carlos III 2020, 3-4; Grishaw 2020.

- a) Probables: casos cuyos resultados de laboratorio para SARS-CoV-2 no son concluyentes;
- b) posibles: casos con infección respiratoria aguda leve sin realización del test de diagnóstico²²;
- c) descartados: casos cuyos resultados de laboratorio para SARS-CoV-2 son negativos, habiendo tenido un proceso respiratorio de vías altas pero se descarta covid-19, en los que esté indicado el aislamiento domiciliario (14 días desde el inicio de los síntomas); y
- d) casos de “contacto estrecho” de casos probables, posibles y confirmados²³. Se entiende por “contacto estrecho” el efectuado por personas que hayan proporcionado cuidados a quien presentaba síntomas, como, por ejemplo: trabajadores sanitarios que no han utilizado las medidas de protección adecuadas; miembros de la familia del enfermo o personas que tampoco hayan utilizado esas medidas; así como convivientes, familiares y personas que hayan estado en el mismo lugar que el enfermo mientras presentaba síntomas, a una distancia menor de 2 metros durante un tiempo de, al menos, 15 minutos. El Documento del Instituto de Sanidad Carlos III añade también el que se produce en un avión, tren u otro medio de transporte de largo recorrido entre una persona situada en un radio de dos asientos alrededor de quien posee el virus, así como el realizado por la tripulación o personal equivalente que haya tenido contacto con dicho caso. La baja médica por aislamiento preventivo domiciliario tiene una duración inicial de 14 días.

Por otro lado, conviene no olvidar que cuando nos referimos a partes médicos de alta, no nos referimos a la denominada “alta hospitalaria”, sino al alta médica que permite al trabajador reincorporarse al trabajo, siendo, por tanto, posible, que el

22. INSS 2020b, que aclara que en el momento en que se publican no se realiza el test diagnóstico de rutina a quienes presentan infección respiratoria aguda leve, salvo que se encuentren hospitalizados o cumplan criterios de ingreso hospitalario, o se trate de personas con un cuadro clínico de infección respiratoria aguda de cualquier gravedad que pertenezcan a alguno de los siguientes grupos: a) personal sanitario y socio-sanitario; y b) personal de otros servicios esenciales. Asimismo se podrá considerar la realización del test de diagnóstico en personas especialmente vulnerables que presenten un cuadro clínico de infección respiratoria aguda independientemente de su gravedad, tras una valoración clínica individualizada.

23. Los casos “confirmados” son aquéllos que tienen infección activa o resuelta, que cumplen criterio de laboratorio (PCR de *screening* positiva y PCR de confirmación en un gen alternativo al de *screening* también positiva). V. INSS 2020b, Documentación como Anexo; Ministerio de Sanidad e Instituto de Salud Carlos III 2020, 4; Grishaw 2020; Instituto de Salud Carlos III 2020: “La PCR, siglas en inglés de ‘Reacción en Cadena de la Polimerasa’ (*Polymerase Chain Reaction*), es una prueba de diagnóstico que permite detectar un fragmento del material genético de un patógeno. En la pandemia de coronavirus, como en tantas otras crisis de salud pública relacionadas con enfermedades infecciosas, se está utilizando para determinar si una persona está infectada o no con coronavirus”. Primer paréntesis mío.

trabajador guarde reposo en su casa con alta hospitalaria pero con parte médico de baja y suspensión de su contrato. De ahí que en las “Instrucciones” que sigo se indicara que “los casos probables y confirmados que hayan requerido ingreso hospitalario podrán recibir el alta si su situación clínica lo permite aunque su PCR siga siendo positiva, pero deberán mantener aislamiento domiciliario con monitorización de su situación clínica, al menos 14 días, desde el alta hospitalaria o hasta que se obtenga un resultado de laboratorio negativo. Los casos ingresados que al alta tengan un resultado de laboratorio negativo podrán ir a su domicilio sin aislamiento”²⁴.

En cuanto al control de la prestación, se procederá al seguimiento médico del trabajador mediante los partes de confirmación, informes médicos complementarios e informes de control previstos en el Reglamento propio de esta contingencia²⁵. Habrá que constatar la función que han desempeñado las MCSS, en el sentido de si han realizado propuestas de alta médica o adelantamiento de pruebas en relación con trabajadores contagiados por coronavirus²⁶. Respecto de los municipios en situación de confinamiento, tales partes carecen absolutamente de sentido, como ya he señalado. Se trata de una clara desfiguración de lo que es la incapacidad temporal, tal como fue concebida por el legislador.

4.1.2. *La protección de los datos médicos del trabajador*²⁷

En relación con la dinámica de la prestación, desde la perspectiva de la relación SPS-MCSS y empresas, suscita complejidad en este escenario la protección de los datos del trabajador en cuanto a la causa de su enfermedad. El RDL 13/20 no ha introducido ninguna aclaración al respecto. Pese a que se trata de un dato ordinariamente protegido²⁸, que permite al trabajador guardar silencio sobre la causa que motiva su baja médica, parece lógico que el derecho a la intimidad ceda ante el peligro de haber contribuido a la difusión del virus entre otros compañeros de trabajo. De ahí que se trate sobre todo de un deber de responsabilidad del trabajador el comunicar al empresario su estado de salud o las sospechas que sobre el mismo existen para que se pueda informar de modo adecuado al SPRL, así como al resto de la plantilla, para adoptar las medidas necesarias y hacer el seguimiento oportuno de quienes estuvieron en contacto estrecho con el trabajador de baja. Y ello porque estamos ante una

24. INSS 2020b, 5.2, *in fine*.

25. En principio, la duración de un parte de baja médica por cuarentena (aislamiento) debe tener una duración de catorce días. Lo anterior no ha impedido que se hayan podido prorrogar; sobre todo, en el caso de trabajadores especialmente sensibles por su mayor vulnerabilidad. V. INSS 2020a.

26. Arts. 4-7 RD 625/2014, de 18 de julio, cit.

27. Si bien parto de lo ya publicado sobre esta cuestión en Martínez-Gijón Machuca 2020, he sometido lo allí escrito a revisión y actualización, teniendo en cuenta diverso material de interés localizado en internet, especialmente el procedente de la AEPD.

28. Art. 22, apdos. 2 y 4 LPRL.

pandemia que ha obligado a situar al país en Estado de Alarma, quedando los derechos fundamentales de cada persona sometidos al derecho de la salud de la colectividad nacional.

Pese a todo, la Mutua Fraternidad hace referencia a los medios de que la empresa dispone para alcanzar esta información sin que se lo comunique de modo directo el trabajador: el más evidente es la constatación de que, si bien en el parte médico que el trabajador le entrega pueda constar una IT derivada de EC, el INSS va a modificar el riesgo apareciendo la IT como derivada de AT²⁹. La Entidad Gestora recibe información de la baja médica tanto por parte del facultativo del SPS como del empresario del trabajador³⁰. A mi juicio, resulta claramente preferible –aparte de estar sobradamente justificado– que las empresas posean un conocimiento pleno, desde el primer momento, de la situación del trabajador. Hay intereses en juego de mayor importancia: la salud de todos los que trabajan en la empresa, así como de proveedores y clientes, y, por supuesto, la del propio empresario.

Sin embargo, las “Instrucciones” defienden la protección de datos, refiriéndose al fichero FIE³¹, que es al que tiene acceso la empresa, comunicación del INSS “que prevalece sobre cualquier otra información”, añadiéndose la siguiente declaración: “De acuerdo a la Ley de protección de datos, en ningún caso se facilita a las empresas o a sus representantes información sobre la naturaleza patológica/diagnóstico de un proceso de IT que afecte a una persona trabajadora, por lo que en el fichero FIE no constará en ningún caso esa información”³².

Desde el punto de vista de la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), se informa en un sentido más concorde con la opinión por mí manifestada: “La persona trabajadora en situación de baja por enfermedad no tiene obligación de informar sobre la razón de la baja a la empresa, sin embargo, este derecho individual puede ceder frente a la defensa de otros derechos como el derecho a la protección de la salud del colectivo de trabajadores en situaciones de pandemia y, más en general, la defensa de la salud de toda la población”³³. Es decir, en general hay una clara inclinación a favor de comunicar toda la información necesaria para proteger la salud de otras personas –compañeros de trabajo–, si bien aplicando los principios propios de la protección de datos, contenidos en el Reglamento (UE) 2016/679: minimización de datos, limitación de la finalidad y minimización de la

29. Mutua Fraternidad 2020.

30. Arts. 2.2 y 7, apdos. 1 y 2, RD 625/2014, de 18 de julio, cit.

31. Es el fichero mediante el cual el INSS comunica a los usuarios del Sistema RED (MCSS y empresas) la información sobre las variaciones que experimenten las prestaciones de Seguridad Social de sus trabajadores, tanto subsidios (prestaciones a corto plazo) como otras prestaciones que afecten a su contrato de trabajo o a las obligaciones empresariales con la Seguridad Social (Seguridad Social 2020c, 1).

32. INSS 2020b, 5.3.

33. Agencia Española de Protección de Datos 2020b, 2020a.

conservación. En general, el consentimiento previo del trabajador queda relativizado por la gravedad del posible contagio hacia terceros. En síntesis, el documento de la AEPD señala:

- a) “La empresa podrá conocer si la persona trabajadora está infectada o no, para diseñar a través de su servicio de prevención los planes de contingencia que sean necesarios, o que hayan sido previstos por las autoridades sanitarias”; si bien no podrá realizar cuestionarios de salud extensos y detallados o que contengan preguntas que no guarden relación con la enfermedad covid-19. Deberá tratarse de un estudio de la sintomatología que puedan presentar sus trabajadores o si han sido diagnosticados como contagiados o sujetos a cuarentena;
- b) el tratamiento de la información anterior deberá regirse por el principio de proporcionalidad, de modo que –siempre que resulte posible– no se revelará la identidad de la persona contagiada;
- c) se entiende justificada la solicitud de información por parte del empresario a los trabajadores y visitantes al centro de trabajo sobre síntomas o factores de riesgo sin necesidad de pedir su consentimiento explícito. En concreto, el principio de proporcionalidad conlleva no ir más allá de inquirir, aparte de sobre la sintomatología, sobre visitas a países de alta prevalencia del virus y en el marco temporal de incubación de la enfermedad (últimas dos semanas);
- d) “los trabajadores que... pudieran estar afectados por dicha enfermedad y que, por aplicación de los protocolos establecidos por las Autoridades Sanitarias competentes, se ven sometidos al correspondiente aislamiento preventivo para evitar los riesgos de contagio derivados de dicha situación hasta tanto se disponga del correspondiente diagnóstico, deberán informar a su empleador y al servicio de prevención o, en su caso, a los delegados de prevención”; y
- e) el personal de seguridad puede tomar la temperatura a los trabajadores con el fin de detectar casos de coronavirus. Si bien la vigilancia de la salud –*ex art. 22 LPRL*– exige el consentimiento del trabajador, como se ha observado desde la práctica laboral³⁴, el supuesto ante el que nos encontramos encaja con precisión en la excepción que dicho precepto contempla, en cuanto que la finalidad de dicha medida es “verificar si el estado de salud del trabajador puede constituir un peligro para el mismo, para los demás trabajadores o para otras personas relacionadas con la empresa”.

34. Fernández 2020.

4.1.3. Régimen de atención para los profesionales sanitarios

De acuerdo con las tan mencionadas “Instrucciones”, se prevén las siguientes medidas en caso de exposiciones de riesgo por parte del profesional sanitario:

- a) Si ha tenido contacto estrecho con caso posible, probable o confirmado, habiendo realizado un uso adecuado del Equipo de Protección Individual (EPI), continuará desempeñando su trabajo y se realizará vigilancia de aparición de síntomas;
- b) en el supuesto anterior, pero sin utilización de EPI: se seguirá un régimen diverso en función de la calificación de la exposición como “de alto riesgo” o “de bajo riesgo”. En el primer supuesto, el profesional sanitario abandonará su puesto de trabajo y realizará cuarentena domiciliaria durante 14 días con vigilancia activa de los síntomas, valorándose la realización a la semana de un test de diagnóstico por PCR (si se realiza y la PCR es negativa, se deberá reincorporar a su trabajo, garantizándosele el uso de mascarilla quirúrgica y guantes); en cambio, si la exposición ha sido “de bajo riesgo”, el profesional continuará desempeñando su trabajo y se le realizará vigilancia de los síntomas; y
- c) si se ha producido un contacto casual con un caso probable o confirmado de covid-19 sin EPI, el profesional sanitario continuará con su trabajo normal y se le realizará vigilancia de síntomas.

Sin conocer bien el mundo médico por dentro, la impresión que me llevo de lo dispuesto es de un riesgo no menor de estos profesionales o, dicho con otras palabras, unas medidas de protección más suaves que las previstas para el resto de ciudadanos.

4.2. La prestación económica

El abono del subsidio por IT se ha realizado por la empresa en la modalidad de “pago delegado”, que le permite resarcirse con posterioridad en la cotización a la Seguridad Social. Se ha funcionado, por tanto, con normalidad en este punto, aplicándose la antigua OM de IT. Si el empresario tuvo dudas, se podía deducir este criterio de indicaciones contenidas en la web de la Seguridad Social³⁵. Si la duración de la IT alcanzó los 365 días, se debió mantener su concesión y no producirse resoluciones de prórroga por parte del INSS hasta que finalizó el Estado de

35. Art. 6.2 O. 13-10-1967, por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de la prestación por incapacidad laboral transitoria en el Régimen General de la Seguridad Social. Y también: “Cuestión 7. Si me encuentro en situación de baja médica, ¿puedo ser incluido en un ERTE? ¿En qué afectará a mi prestación (por IT)?” (Seguridad Social 2020d).

Alarma³⁶. Una cuestión pendiente apuntada por la doctrina es qué tratamiento se ha debido seguir en relación con el acceso a las mejoras voluntarias de los subsidios por IT que pudiera tener establecidas la empresa: ¿a qué mejoras debería acceder el trabajador: a las previstas para una IT derivada de AT o a las previstas para la IT procedente de EC? Al tratarse de la parte económica, considero que deberían abonarse las mejoras correspondientes a la IT derivada de contingencia profesional y, en concreto, de AT³⁷.

En cuanto a la cotización por los trabajadores en situación de IT, solo se prevén exenciones para los trabajadores autónomos. En concreto, se establece la exoneración durante los meses de julio, agosto y septiembre de 2020, por los periodos ubicados en dichos meses en los que se encuentren percibiendo dicho subsidio económico y exista la obligación de cotizar³⁸. Los trabajadores asalariados deben cotizar conforme a lo señalado en la Orden de Cotización: en este sentido, se prevé el cálculo de la base de cotización, tanto para la cuota por contingencias comunes como por contingencias profesionales, tomando como referencia la base media del mes anterior a aquel en el que se inicia la IT y referida a los días de baja médica de cada mes. Dicha base de cotización no podrá ser inferior a la mínima diaria correspondiente a la categoría profesional del trabajador. En la cotización por contingencias profesionales, se mantiene el tipo de cotización previsto para la actividad que venía desempeñando el trabajador en cuestión³⁹.

5. DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL AL ERTE O VICEVERSA

5.1. Inclusión en ERTE de trabajador en situación de IT

Según un sector de la doctrina, si un trabajador en IT forma parte de la plantilla de la empresa dedicada a la actividad afectada por la fuerza mayor (en adelante: FM), debe ser incluido en la solicitud del expediente “con el objeto de que la Autoridad laboral también constatare la fuerza mayor” respecto del mismo. Aunque, de seguido, aclaran que las medidas de suspensión de contrato o reducción de jornada por FM

36. Seguridad Social 2020b.

37. Arenas Gómez 2020b, si bien no termina por decantarse hacia un lado u otro de la balanza.

38. Art. 8.2 RDL 24/20, de 26 de junio, de medidas sociales de reactivación del empleo y protección del trabajo autónomo y de competitividad del sector industrial. II Acuerdo Social en Defensa del Empleo: Medidas sociales de reactivación del empleo.

39. Art. 6 O. TMS/83/2019, de 31 de enero, por la que se desarrollan las normas legales de cotización a la Seguridad Social, desempleo, protección por cese de actividad, Fondo de Garantía Salarial y formación profesional para el ejercicio 2019.

solo se activan cuando recibe el alta médica por IT⁴⁰; es decir, el trabajador continúa percibiendo el subsidio por IT hasta el alta, aunque ya esté incluido en el ERTE, y una vez producido dicho acto administrativo, se le aplica a su contrato la medida determinada por el empresario (suspensión del contrato o reducción de jornada) pasando, a continuación, a percibir la prestación por desempleo. Se presenta en este punto la duda de cuándo se aplican las exoneraciones previstas para las cuotas de Seguridad Social. Entiendo que una vez que esté activa para él la medida contractual propia del ERTE.

5.2. Trabajador incluido en ERTE que pasa a situación de IT

Puede suceder que el inicio de la situación de IT (en principio, por covid-19) se produzca con posterioridad a la inclusión del trabajador en el ERTE; por ejemplo: un trabajador cuyo contrato se suspende o su jornada se reduce por FM, que comienza a percibir la prestación por desempleo correspondiente y, al mes, da positivo en la prueba de coronavirus y se determina bien su cuarentena o, si ofrece síntomas, su ingreso hospitalario o reposo domiciliario-aislamiento. En tal caso, puede ocurrir que el trabajador tenga su contrato en suspenso o su jornada reducida:

- a) Si su contrato está en suspenso y percibe la prestación por desempleo total, el trabajador “transita” –formalmente– al subsidio por IT, si bien lo percibe en cuantía idéntica a la prestación por desempleo y por la duración que le reste de la prestación por desempleo que venía disfrutando. Esto se expresa de modo coloquial cuando se dice que el trabajador “consume la prestación por desempleo”. Corresponde en este caso el abono del subsidio al SEPE por delegación del INSS o del ISM, si se trata de un trabajador incorporado al Régimen Especial de Trabajadores del Mar⁴¹. Si, agotado en su duración el desempleo, el trabajador no se encuentra recuperado en su salud, permanece en la situación de IT pero ahora de modo tanto formal como material: ya no hay referencia al desempleo, sino que está en IT a todos los efectos, y la cuantía del subsidio será el 80% IPREM mensual, o –en caso de recaída– la que fuera su última cuantía material de IT. En cuanto a la cotización, se dispone que mientras el trabajador se encuentre –ya sea solo formal o formal y

40. Godino Reyes, *et al.* 2020, 50, 107. De hecho, el trabajador no debe comunicar su “activación” al SEPE en el ERTE –si se me permite la expresión– hasta que no concluya su situación de IT.

41. “Cuestión 8. Si estoy incluido en un ERTE con suspensión de la relación laboral y en esa situación se produce mi baja médica, ¿quién me pagará la prestación?”: v. Seguridad Social 2020d. En la doctrina, Godino Reyes, *et al.* 2020, 107, 176-177, apuntan que es conveniente que sea el propio trabajador quien comunique al SEPE su pase a la situación de IT. Más aún, como se trata de evitar la movilidad, se debe utilizar la vía telefónica, acordando con el operador la manera de remitir la documentación pertinente (parte de baja médica) o solicitar cita previa on-line a través de la web del SEPE.

- materialmente— en situación de IT, el SEPE es la Entidad responsable de la cotización “empresarial” a la Seguridad Social⁴²;
- b) si se trata de un trabajador en ERTE por reducción regular (diaria) de jornada, se produce el tránsito a la situación de IT pero de forma “paralela” en el sentido siguiente: respecto de la parte de jornada “anulada” que venía cubierta por la prestación por desempleo parcial, se produce el tránsito formal a la situación de IT, cuyo subsidio se percibe en cuantía igual al desempleo parcial, realizando el abono el SEPE por delegación del INSS o del ISM; por otro lado, en cuanto a la parte de jornada que constituía trabajo efectivo, el trabajador inicia la situación de IT y percepción del subsidio en la cuantía correspondiente a la jornada “recortada”. El abono del subsidio por IT en este segundo caso lo hace la empresa mediante el mecanismo del pago delegado. Como puede observarse, el ente responsable del abono parece determinarse por razones eminentemente prácticas, atendiendo a quién tiene el dato de la cuantía a abonar: si el SEPE o la empresa⁴³; y
- c) si se trata de un trabajador en ERTE por reducción de jornada de carácter mixto grado I (días completos sin actividad y otros con actividad completa): según la LGSS, se encuentra y percibe prestación por desempleo total correspondiente a los días de cese. Entiendo que por los días completos sin actividad transita de modo formal a la situación y subsidio por IT, en tanto que por los días de actividad plena inicia la situación de IT en su cuantía material correspondiente. Y algo similar ocurriría si se considerase mixto grado II (días completos sin actividad y los otros con actividad plena o con reducción de jornada). El problema mayor es si hay irregularidad en las semanas de estos trabajadores, pues el cálculo de las prestaciones se complica hasta extremos insospechados, si bien la web de la Seguridad Social parece preparada para ello y sin temor alguno a estas dificultades que menciono⁴⁴.

42. Art. 283.2 LGSS.

43. Arts. 17.1 RD 625/1985, de 2 de abril, por el que se desarrolla la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de Protección por Desempleo, y 6.2 O. 13-10-1967, cit. Godino Reyes, *et al.* 2020, p. 107.

44. En este sentido, Roqueta Buj 2020, 82-84, propone lo siguiente: “En estas situaciones, lo más razonable y sencillo sería considerar que el desempleo por reducción de jornada es siempre desempleo parcial con independencia de cómo afecte esa reducción a cada día de trabajo a lo largo del periodo de referencia. De esta forma, el trabajador percibiría durante toda la reducción temporal de jornada una prestación parcial y uniforme con independencia de las fluctuaciones de la jornada a lo largo del indicado periodo, lo que facilitaría la gestión de la prestación”; Seguridad Social 2020d.

6. COMPATIBILIDADES E INCOMPATIBILIDADES DEL SUBSIDIO CON OTRAS PRESTACIONES

La legislación de emergencia hace indicaciones, en diversos momentos, sobre la compatibilidad del subsidio por IT con otros subsidios, prestaciones y retribuciones por ella misma establecidos.

Por un lado, el art. 5.2 *in fine* RDL 6/20 determina que el subsidio por IT es incompatible “con el derecho a una prestación de la Seguridad Social, incluida la incapacidad temporal por contingencias comunes o profesionales”. Se refiere –al menos, así lo entiendo yo– a la IT por restricción especial de movimiento en determinados municipios. Pero la redacción es confusa y, a mi juicio, incorrecta: no se entiende, por ejemplo, el motivo de dicha incompatibilidad en el caso de una pensión de viudedad o de orfandad. Por otro lado, considero que se debería haber obviado la afirmación de que el subsidio de IT por especial confinamiento es incompatible con el subsidio por IT ordinario o el especial por covid, dado que estos últimos subsidios están directamente vinculados con la imposibilidad de acudir al trabajo por falta de salud. No se entendería, pues, la concesión de otro subsidio con la idéntica finalidad de constituir una renta de sustitución del salario.

Tampoco se entiende la filosofía de la incompatibilidad con el subsidio extraordinario por falta de actividad que se establece para los empleados/as de hogar, ya que este no es otra cosa que una prestación por desempleo, por lo que se debiera haber seguido un tratamiento similar al del tránsito entre desempleo e IT previsto para los trabajadores del Régimen General⁴⁵.

Por otro lado, se establece la compatibilidad del subsidio por IT con la pensión de jubilación que venía percibiendo el personal médico que se reincorporó, con carácter extraordinario, al SPS, para hacer frente a la necesidad de recursos humanos a causa del coronavirus, y cuya percepción se les mantuvo, al no recibir un salario por esta colaboración. Así lo dispone la DA 15^a.5 RDL 11/20, si bien se exponía con mayor claridad en el apartado 4 de dicha DA antes de la reforma llevada a cabo por la DF 3^a.Tres RDL 13/20. En cambio, sucede lo contrario con los trabajadores que sean contratados temporalmente para prestar servicios en actividades agrarias en el marco del RDL 13/20, al percibir retribución por dichas tareas. Si bien se declara la compatibilidad de la prestación y del subsidio por desempleo, para incentivar que superen los recelos propios de la situación de pandemia, no sucede lo mismo con la IT, recuperándose así su incompatibilidad clásica con el trabajo o con las prestaciones de la Seguridad Social que conlleven la salida del mercado de trabajo⁴⁶.

45. Art. 32.2 RDL 11/20, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19.

46. Art. 3, pfo. 2^o.

7. LA INCAPACIDAD TEMPORAL DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS EN RÉGIMENES ESPECIALES

Los funcionarios públicos que no se encuentran dados de alta en el Régimen General de la Seguridad Social sino en uno de los Especiales de Funcionarios Públicos de la Administración del Estado o Judicial, perciben un peculiar subsidio por IT que se descompone en dos tramos o periodos: durante el primero, es la Administración Pública la que está a cargo de su abono –aunque se hable más bien de “mantenimiento de retribuciones”–, a su cargo, en tanto que transcurridos una serie de días desde el inicio, corresponde a la Entidad Mutualista correspondiente –MUFACE o MUGEJU– el pago del mismo⁴⁷. Los funcionarios militares, de acuerdo con su normativa propia, mantienen sus retribuciones durante los periodos de insuficiencia temporal de sus condiciones psicofísicas⁴⁸. La IT de los funcionarios civiles que trabajan en las Fuerzas Armadas se asemeja en su duración a lo previsto para la IT del Régimen General; en cuanto al subsidio económico, la regulación es muy similar a la de los funcionarios públicos de MUFACE.

Precisamente por la irregularidad en el funcionamiento durante el Estado de Alarma de dichas Mutualidades (personal administrativo y sanitario) y de los Órganos de Personal de las Administraciones, el Gobierno adoptó algunas medidas dirigidas a garantizar la percepción de dicho subsidio. En concreto, se dispuso lo siguiente:

- a) Aunque correspondía a MUFACE y a MUGEJU asumir el pago a partir del día 91º o 181º desde la baja, respectivamente, se determinó que durante la vigencia del Estado de Alarma, continuaran los Órganos de Personal manteniendo las retribuciones (íntegras) a los funcionarios públicos en situación de IT, sin perjuicio de que, a la finalización de aquel, se llevaran a cabo las compensaciones oportunas;
- b) los propios Órganos de Personal continuaron expidiendo las licencias por enfermedad más allá de los días-término señalados, aunque no disponían del parte de baja médica o el de confirmación correspondiente; y

47. Arts. 9.3 RDL 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad; 21 RD Legislativo 4/2000, de 23 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado; y 20 RD Legislativo 3/2000, de 23 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes sobre el Régimen especial de Seguridad Social del personal al servicio de la Administración de Justicia.

48. Existen una serie de Instrucciones que se refieren a la IT del personal militar profesional, como la 77/2018, de 29 de noviembre, del Subsecretario de Defensa, por la que se modifica la Instrucción 1/2013, de 14 de enero, de la Subsecretaría de Defensa, por la que se dictan normas sobre la determinación y control de las bajas temporales para el servicio del personal militar.

- c) si la situación de IT se inició cuando ya se había declarado el Estado de Alarma, el Gobierno indicó a los Órganos de Personal que concedieran las licencias de enfermedad aunque carecieran de los partes médicos expedidos por los facultativos de las Mutualidades correspondientes⁴⁹.

8. CONCLUSIÓN

Como anunciaba el título de este ensayo, y así espero haya quedado demostrado, hemos asistido a una utilización de una prestación de la Seguridad Social –pensada para trabajadores objetivamente incapacitados para el trabajo, con bajas y altas médicas ciertas, y unos plazos de duración bien acotados–, como recurso de protección para trabajadores presuntamente contagiados de coronavirus, en sentido enormemente laxo: quienes hubieran podido tener contacto con algún “positivo”, quienes por su condición de trabajadores especialmente sensibles debieran permanecer en sus domicilios ante el alto riesgo de contagio en sus puestos de trabajo, así como quienes tuvieran su domicilio en municipios confinados en su totalidad.

Al mismo tiempo, el Gobierno ha hecho un uso extremadamente flexible de la determinación de la contingencia causante de dicha IT, en un sentido quizás un tanto paternalista –con sus incoherencias también, como en el caso del personal sanitario–, que resta rigor a una legislación como la de Seguridad Social, que suele ser enormemente técnica y poco dada a alteraciones improvisadas, aunque estas sean temporales.

Todo esto nos lleva a cuestionarnos si no ha ido demasiado lejos el Gobierno en las alteraciones que ha efectuado en esta prestación; si no hubiera sido más adecuado haber creado *ad casum* una prestación nueva que podría haber moldeado según le hubiera parecido conveniente o necesario ante las circunstancias dadas. Esta decisión habría preservado la filosofía de la IT, en lugar de erosionarla. El contrapunto de esta propuesta es que podría haber sido más costosa la organización y gestión de una nueva prestación, determinando órganos y entidades gestoras “nuevas”, cuando la reacción debía ser inmediata. Desde este punto de vista, el aprovechamiento de la estructura establecida ha permitido ahorrar costes, tiempo y evitar que la población

49. DA 5ª RDL 13/20. V. Resolución de 13 de abril de 2020, de la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado, por la que se garantiza durante el Estado de Alarma la continuidad del abono del subsidio por incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural de los mutualistas (BOE núm. 105, 15 de abril de 2020), así como la información proporcionada por las webs de La Moncloa (<https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/territorial/paginas/2020/070420-covid-muface.aspx>) y de MUFACE (<https://www.muface.es/muface/Home/Prestaciones/Incapacidad/subsidio-incapacidad-temporal.html>). La de MUGEJU no contiene aclaraciones al respecto.

tuviera que asimilar una nueva manera de funcionar. En este sentido, la dinámica de las prestaciones ligadas a esta contingencia parece haberse trabajado con seriedad, rigor y sentido práctico.

Quizás la opción más certera hubiera sido la vía mixta: partir de lo que se tenía, pero añadir en forma de subsidios extraordinarios, análogos a la IT conocida, las cuestiones más alejadas del régimen jurídico ordinario de dicha prestación. Todavía quedan numerosos flecos que cerrar en este sentido, particularmente en relación con los municipios que están en confinamiento estricto, así como con los trabajadores especialmente sensibles, lo que nos sitúa en un escenario de mayor presencia y responsabilidad aún de los Servicios de Prevención de Riesgos Laborales, que han sido esenciales en la lucha y gestión de las bajas por la pandemia en los meses álgidos de marzo, abril y mayo.

Por otro lado, desde la perspectiva de la prestación sanitaria, la situación ha sido compleja, por la necesidad de tener que abarcar casos muy distantes del supuesto-tipo de la contingencia de IT, al tiempo que se ha funcionado con unos conceptos que debían ser revisados, conforme se conocía más de las características del coronavirus. Los profesionales sanitarios parecen haber sido tratados con más rigurosidad, desde el punto de vista del acceso al aislamiento o a la cuarenta como medidas preventivas (y de IT, como se ha visto), que los trabajadores del común de los sectores de actividad.

En cuanto al tránsito entre las prestaciones por desempleo e IT de los trabajadores en ERTE, se ha funcionado con la normalidad propia de la normativa en vigor. Más criticable son las decisiones de incompatibilidad del subsidio por IT con otras prestaciones de la Seguridad Social.

Sea como sea, la conclusión no puede ser otra que entender que el legislador habrá tomado buena nota de su experiencia ante un supuesto de fuerza mayor tan incontrolable como el que hemos padecido. Y hará acopio de las distintas aportaciones doctrinales y jurisprudencia que le lleguen. Por mi parte, confío en no tener que escribir de nuevo un artículo como este.

9. BIBLIOGRAFÍA CITADA

- Agencia Española de Protección de Datos (2020a), *Informe 2020-0017*, <https://www.aepd.es/es/documento/2020-0017.pdf>
- Agencia Española de Protección de Datos (2020b), *Relación de preguntas más frecuentes sobre el Covid-19*, https://www.aepd.es/sites/default/files/2020-03/FAQ-COVID_19.pdf

- Arenas Gómez, Miguel (2020a), “Contagio por Covid-19. ¿Enfermedad profesional?”, <https://miguelonarenas.blogspot.com/2020/05/contagio-por-covid-19-enfermedad.html>
- Arenas Gómez, Miguel (2020b), “Coronavirus y accidente de trabajo, al hilo del RDL 6/2020, “Luces y sombras”, <https://miguelonarenas.blogspot.com/search?q=rdley+6%2F2020>
- Fernández, Efraína (2020) “Derecho a la protección de datos en el ámbito laboral durante la crisis del Covid-19: legitimidad del tratamiento y cuestiones prácticas”, *Tribuna*, 14 de mayo de 2020, www.elderecho.com.
- Godino Reyes, Martín; Herrera Duque, María Jesús; Medina Serramitjana, Juan; Travesedo Dasi, Jorge; García Fernández, Ricardo; Godino de Frutos, Alberto; Hernán García, Ernesto; Moreno Lucenilla, Ignacio (2020), *Expediente de Regulación Temporal de Empleo. Instrumento fundamental en la crisis del Covid-19*, Madrid.
- Grishaw, Julie (2020), “Tema 16: Covid-19, definiciones de casos”, en *Boletín: Covid-19*, <http://accessmedicina.mhmedical.com/content.aspx?bookid=2910§ionid=243952866>
- INSS (2020a), *Actualización a 17 de junio de 2020 de las instrucciones aclaratorias relativas a los procesos de incapacidad temporal emitidos a los trabajadores especialmente sensibles por especial vulnerabilidad frente al coronavirus SARS-CoV-2*, <https://www.semg.es/images/2020/Coronavirus>
- INSS (2020b), *Instrucciones aclaratorias relativas al nuevo procedimiento de remisión de partes de los Servicios Públicos de Salud (SPS) por coronavirus, conforme al Real Decreto Ley 6/2020*, de 10 de marzo de 2020, en la versión actualizada de fecha 19 de marzo de 2020, <https://www.socalemfyc.org>
- Instituto de Salud Carlos III (2020), *Divulgación*, https://www.isciii.es/Informacion-Ciudadanos/DivulgacionCulturaCientifica/DivulgacionISCIII/Paginas/Divulgacion/COVID19_PCR_test.aspx
- Martínez-Gijón Machuca, Miguel Ángel (2020), “La incapacidad temporal como primera medida laboral y de protección social ante el Covid-19”, en Calvo Gallego, Francisco Javier; Rodríguez-Piñero Royo, Miguel, *Comentarios sobre la legislación de emergencia con motivo de la pandemia*, <http://grupo.us.es/iwpr/2020/04/09/incapacidad-temporal-y-covid-19-tras-el-rdl-13-2020>
- Ministerio de Sanidad, Instituto de Salud Carlos III (2020), *Estrategia de detección precoz, vigilancia y control de Covid-19 (Actualizado 9 de julio de 2020)*, <https://www.msbs.gob.es/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCov-China/documentos>
- Mutua Fraternidad (2020), <https://www.fraternidad.com/es-ES/como-gestionar-la-baja-por-covid-19>

- Organización Mundial de la Salud-OMS (2020): <https://www.who.int/es/emergencias/diseases/novel-coronavirus-2019/advice-for-public>
- Roqueta Buj, Remedios (2020), *Los expedientes de regulación temporal de empleo*, Valencia.
- Seguridad Social (2020a), *Noticias Red*, Boletín nº 3/2020, <http://www.seg-social.es/wps/portal/wss>
- Seguridad Social (2020b), *Prestaciones. Pensiones. Trabajadores*, <http://www.segsocial.es/wps/portal/wss/internet/Trabajadores/PrestacionesPensionesTrabajadores>
- Seguridad Social (2020c), *Sistema RED. Instrucciones Técnicas*, junio 2020, <http://www.seg-social.es/wps/wcm/connect/wss/f1ce1821-05ee-417c-a08a-dca23488b27a>
- Seguridad Social (2020d), *Relación de preguntas más frecuentes sobre el Covid-19*, <http://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/FAQ>