

Logroño, a 17 de marzo 2020

CIRCULAR INFORMATIVA Nº 14/20

1. SITUACIONES POSIBLES DE LAS EMPRESAS ANTE EL COVID 19

FENIE ha solicitado a AGM, departamento jurídico de FENIE, un informe en el que se indican las situaciones que pueden darse más frecuentemente tras la declaración de Estado de Alarma por emergencia sanitaria (coronavirus).

Dividiremos a las empresas en dos grandes grupos:

- 1.- Las que por aplicación del art. 10 del Decreto 463/2010 deben cerrar sus puertas al público**
- 2.- Las que no están obligadas a ello.**

El segundo grupo tiene más derivadas y posibilidades, pero en ellas entraremos más adelante.

En cuanto al Grupo 1:

El Ministerio de Trabajo ha dictado una instrucción, considerando que concurre la figura de la FUERZA MAYOR en la suspensión temporal de actividad y por tanto la primera solución es la de incoar un ERTE de suspensión de los contratos de trabajo de las personas que no puedan acudir a su centro de trabajo por estar afectado por la orden de cierre.

El ERTE por Fuerza Mayor tiene un procedimiento muy rápido y en un plazo de 5 días desde la presentación, la autoridad laboral debe dictar resolución aprobándolo o denegándolo. Los trabajadores pasan a cobrar la prestación por desempleo durante el tiempo que dure la prestación y lógicamente si reúnen carencia para ello y con el límite de la prestación a la que tengan derecho; por decirlo de otra forma, si un trabajador tiene derecho a 3 meses de paro, solo cobrará como máximo durante esos tres meses y no el mayor tiempo que pueda durar la situación de ERTE.

Este grupo no ofrece mucha complejidad en cuanto al reconocimiento de la causa.

No obstante, también se puede acudir a otras medidas menos traumáticas pero valorando que la situación actual se va a prolongar más tiempo de esos 15 primeros días de vigencia inicial del Decreto. Estas medidas serían:

- Teletrabajo, en aquellos casos que sea posible

- Crear una bolsa de horas, de forma que empresa y trabajador pactan que éste deje de prestar servicios pero cobre su salario íntegro a cargo de la empresa. Se crearía una bolsa de horas a favor de la empresa, que se irían devolviendo en el tiempo que se pacte y con el máximo de horas diario que permita cada convenio colectivo. También hay la posibilidad de pactar que se llamará al trabajador puntualmente para atender trabajos que salgan en ese período y que no supongan riesgo para su salud.

- Pactar vacaciones con el trabajador:

- Acordar un período de permiso sin sueldo: Es una solución para trabajadores que no tienen derecho al desempleo por no tener carencias suficientes.

En cuanto al grupo 2:

Se complica, puesto que se pueden dar diversas situaciones, por ejemplo las más frecuentes son:

- 1.- La empresa no está obligada a cerrar pero da servicios a empresas que sí están obligadas a hacerlo, por lo que se queda sin actividad.

- 2.- No llega suficiente materia prima para trabajar con normalidad y desciende la producción.

- 3.- Se ha dado un caso de positivo por coronavirus en el centro de trabajo y el trabajador ya no está en el centro (hospitalizado o en casa)

- 4.- Hay serias sospechas de que un trabajador puede estar infectado en el centro y está prestando servicios

- 5.- Empleados con hijos menores que a su vez no pueden ir al colegio y están confinados en casa

Para los del apartado 1 podríamos incluirlos como un supuesto de FUERZA MAYOR IMPROPIA, ya que si bien directamente no están obligados a cerrar, indirectamente tienen que hacerlo ya que en la práctica no tienen trabajo. Si el trabajo residual es absolutamente inexistente, se puede intentar por la vía de la Fuerza Mayor. En este sentido, se considera que se dan las circunstancias para ello, pero en este caso es interpretable, ya que podría entenderse como una causa productiva normal y tener que ir al ERTE ordinario,. Cabría también la posibilidad de, en lugar de suspender todos los contratos o algunos de ellos, reducir la jornada de trabajo entre un 10% y un 70%. Los trámites y requisitos son exactamente iguales que los necesarios para un ERTE ordinario de suspensión.

En el punto 2 no hay duda: Para paliar esa situación no se puede apelar a la Fuerza Mayor ya que se trata de una causa puramente productiva: Los proveedores no sirven, sea por la causa que sea y por tanto no podemos trabajar a pleno rendimiento. Aquí hay que ir a un ERTE ordinario.

En cuanto a los puntos 3 y 4, en el fondo es la misma problemática, aunque con diferentes matices: El virus ha entrado en la empresa o hay serias sospechas de que pueda estar ahí aunque no se haya manifestado. En estos casos aconsejamos que a la vez que se notifica a las autoridades sanitarias según el protocolo de cada CC.AA., se ponga de inmediato en conocimiento del Servicio de Prevención para que dé las instrucciones oportunas sobre cómo proceder en el ámbito laboral.

El último punto admite diversas soluciones: Reducción de jornada por guarda de menor; adecuación de la jornada completa sin pérdida de salario si ello es posible; permiso sin sueldo, vacaciones (con las dificultades que hemos visto antes); bolsa de horas....Parece ser que el Gobierno aprobará una prestación específica para las personas que se hallen en esta situación.

Debemos tener en cuenta que en el Consejo de Ministros de hoy se aprobará una batería de medidas laborales que sin duda cambiará el marco explicado, por lo que es muy conveniente esperar hasta que se conozca el exacto alcance de las medidas que se aprueben, para aplicar la solución más eficaz a cada problema concreto.

2. PREGUNTAS FRECUENTES EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE DATOS ANTES EL COVID 19

Adjunto se remite una guía de preguntas frecuentes con el cumplimiento de la normativa de protección de datos sobre el tratamiento de datos personales relativos a la salud derivados del COVID-19, publicada por la **agencia española de protección de datos**.

SOBRE EL CORONAVIRUS

La Agencia Española de Protección de Datos, en el contexto de la emergencia de salud pública derivada de la extensión del coronavirus, está recibiendo consultas, tanto de ciudadanos como de empresas y otros sujetos obligados al cumplimiento de la normativa de protección de datos sobre el tratamiento de datos personales relativos a la salud.

Estas FAQ tratan de dar respuesta a las preguntas más frecuentes que se han recibido.

- ¿Pueden los empresarios tratar la información de si las personas trabajadoras están infectadas del coronavirus?

En aplicación de lo establecido en la normativa sanitaria, laboral y, en particular, de prevención de riesgos laborales, los empleadores podrán tratar, de acuerdo con dicha normativa y con las garantías que establecen, los datos del personal necesarios para garantizar su salud y adoptar las medidas necesarias por las autoridades competentes, lo que incluye igualmente asegurar el derecho a la protección de la salud del resto del personal y evitar los contagios en el seno de la empresa y/o centros de trabajo que puedan propagar la enfermedad al conjunto de la población.

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.

Esa información también puede ser obtenida mediante preguntas al personal. Sin embargo, las preguntas deberían limitarse exclusivamente a indagar sobre la existencia de síntomas, o si la persona trabajadora ha sido diagnosticada como contagiada, o sujeta a cuarentena. Resultaría contrario al principio de minimización de datos la circulación de cuestionarios de salud extensos y detallados, o que incluyan preguntas no relacionadas con la enfermedad.

- ¿Pueden transmitir esa información al personal de la empresa?

Esta información debería proporcionarse sin identificar a la persona afectada a fin de mantener su privacidad, si bien, podría transmitirse a requerimiento de las autoridades competentes, en particular las sanitarias.

La información debe proporcionarse respetando los principios de finalidad y proporcionalidad y siempre dentro de lo establecido en las recomendaciones o instrucciones emitidas por las autoridades competentes, en particular las sanitarias. Por ejemplo, si es posible alcanzar la finalidad de protección de la salud del personal divulgando la existencia de un contagio, pero sin especificar la identidad de la persona contagiada, debería procederse de ese modo. Si, por el contrario, ese objetivo no puede conseguirse con información parcial, o la práctica es desaconsejada por las autoridades competentes, en particular las sanitarias, podría proporcionarse la información identificativa.

- ¿Se puede pedir a las personas trabajadoras y visitantes ajenos a la empresa datos sobre países que hayan visitado anteriormente, o si presentan sintomatología relacionada con el coronavirus?

Con independencia de que las autoridades competentes, en particular las sanitarias, establezcan estas medidas por una cuestión de Salud Pública y que así lo comuniquen a los centros de trabajo, los empleadores tienen la obligación legal de proteger la salud de las personas trabajadoras y mantener el lugar de trabajo libre de riesgos sanitarios, por lo que estaría justificada la solicitud de información a los empleados y visitantes externos sobre síntomas o factores de riesgo sin necesidad de pedir su consentimiento explícito (RGPD y Ley de Prevención de Riesgos Laborales).

La información a solicitar debería responder al principio de proporcionalidad y limitarse exclusivamente a preguntar por visitas a países de alta prevalencia del virus y en el marco temporal de incubación de la enfermedad, las últimas 2 semanas, o si se tiene alguno de los síntomas de la enfermedad. Resultaría contrario al principio de minimización de datos la utilización de cuestionarios de salud extensos y detallados, o que incluyan preguntas no relacionadas con la enfermedad.

- ¿Se pueden tratar los datos de salud de las personas trabajadoras relacionados con el coronavirus?

Para cumplir las decisiones sobre la pandemia de coronavirus que adopten las autoridades competentes, en particular las sanitarias, la normativa de protección de datos no debería utilizarse para obstaculizar o limitar la efectividad de las medidas que adopten dichas autoridades, en la lucha contra la pandemia.

La normativa de protección de datos permite adoptar las medidas que sean necesarias para salvaguardar los intereses vitales de las personas físicas, el interés público esencial en el ámbito de la salud, la realización de diagnósticos médicos, o el cumplimiento de obligaciones legales en el ámbito laboral, incluido el tratamiento de datos de salud sin necesidad de contar con el consentimiento explícito del afectado.

En todo caso, el tratamiento de estos datos debe observar los principios establecidos en el RGPD, en particular los de minimización, limitación de la finalidad y minimización de la conservación.

- En caso de cuarentena preventiva o estar afectado por el coronavirus, ¿el trabajador tiene obligación de informar a su empleador de esta circunstancia?

Los trabajadores que, tras haber tenido contacto con un caso de coronavirus, 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 (Ley de Prevención de Riesgos Laborales)

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.

- ¿El personal de seguridad puede tomar la temperatura a los trabajadores con el fin de detectar casos coronavirus?

Verificar si el estado de salud de las personas trabajadoras puede constituir un peligro para ellas mismas, para el resto del personal, o para otras personas relacionadas con la empresa constituye una medida relacionada con la vigilancia de la salud de los trabajadores que, conforme a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, resulta obligatoria para el empleador y debería ser realizada por personal sanitario.

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, limitarse a esa finalidad y no extenderse a otras distintas, y mantenidos no más del tiempo necesario para la finalidad para la que se recaban.