



AMPLIACIÓN DEL CRITERIO DE INTERPRETACIÓN 13/2023 EMITIDO EN RELACIÓN CON LA FINALIZACIÓN DE LAS MEDIDAS DE PREVENCIÓN ADOPTADAS PARA HACER FRENTE A LA CRISIS SANITARIA OCASIONADA POR EL COVID-19, A FIN DE DETERMINAR SU FECHA DE EFECTOS.

Solicita ese Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) a esta Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social que se pronuncie expresamente sobre la fecha de efectos del *“Criterio 13/2023 en relación con la finalización de las medidas de prevención adoptadas para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el Covid-19”*, emitido con motivo de la publicación en el Boletín Oficial del Estado del día 5 de julio de 2023 de la Orden SND/726/2023, de 4 de julio, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 4 de julio de 2023, por el que se declara la finalización de la situación de crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19. Dicho criterio de interpretación concluía que desde el día 5 de julio de 2023 se dieron las condiciones para considerar finalizada la vigencia de los preceptos objeto de consulta.

En relación con este planteamiento ese Instituto expone lo siguiente:

Antecedentes

La consulta formulada por este Instituto sobre el alcance de la Orden SND/726/2023 era necesaria por cuanto, a diferencia de otras medidas cuya vigencia se declaraba expresamente finalizada, dicha orden guardaba silencio respecto de las siguientes:

- La prevista en la disposición adicional cuarta de la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia, que establecía que desde la declaración de la pandemia internacional por la Organización Mundial de la Salud (OMS) y “hasta que las autoridades sanitarias levanten todas las medidas de prevención adoptadas para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19”, se considerarán derivadas de accidente de trabajo las prestaciones de Seguridad Social que cause el personal que presta servicios en centros sanitarios o



sociosanitarios, y que en el ejercicio de su profesión, hayan contraído el virus SARS-CoV2 por haber estado expuesto a ese riesgo específico durante la prestación de servicios sanitarios y socio-sanitarios.

- La establecida en el artículo 6 y disposición adicional tercera del Real Decreto-ley 3/2021, de 2 de febrero, por el que se adoptan medidas para la reducción de la brecha de género y otras materias en los ámbitos de la Seguridad Social y económico. El artículo 6 avanza en la protección de las y los profesionales de centros sanitarios y socio sanitarios que han contraído el virus SARS-CoV-2 en el ejercicio de su profesión, dentro del periodo comprendido desde la declaración de la pandemia internacional por la Organización Mundial de la Salud hasta el levantamiento por las autoridades sanitarias de todas las medidas de prevención adoptadas para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el mencionado virus SARS-CoV-2, estableciendo que tendrá las mismas prestaciones que el sistema de la Seguridad Social otorga a las personas que se ven afectadas por una enfermedad profesional. Al respecto se establece expresamente que una vez acreditado el contagio del virus en el indicado ámbito temporal se presumirá, en todo caso, que el contagio se ha producido en el ejercicio de su profesión en la prestación de servicios sanitarios o socio-sanitarios.

La disposición adicional tercera extiende esa protección al personal sanitario que presta servicios en la inspección médica de los Servicios Públicos de Salud y del Instituto Nacional de la Seguridad Social y al personal sanitario de Sanidad Marítima que preste servicios en el Instituto Social de la Marina.

- La contenida en el artículo quinto 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, a cuyo tenor: “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.”

Tras el estudio detenido de la literalidad de los preceptos indicados y el contenido de la Orden SND/726/2023, de 4 de julio, con fecha de 19 de julio de 2023, ese centro directivo emitió informe en el que se concluía que desde el día 5 de julio de 2023 se dan las condiciones para considerar finalizada la vigencia de los preceptos objeto de consulta.

Consulta

A la luz de lo expuesto en el apartado anterior, se plantea si la fecha de efectos del criterio interpretativo de ese centro directivo debe retrotraerse al día 5 de julio por ser la fecha de entrada en vigor de la Orden SND/726/2023, de 4 de julio (habida cuenta que los términos de la norma interpretada no han experimentado modificación desde su aprobación); o, por el contrario, aun cuando desde el día 5 de julio de 2023 se den las condiciones para considerar finalizada la vigencia de los preceptos objeto de consulta, la fecha de efectos del criterio se debe trasladar al día 26 de julio de 2023, fecha en la que fue posible su aplicación material.

A juicio de esta entidad gestora, la fecha de efectos del criterio se debe trasladar al día 26 de julio de 2023, fecha en la que fue posible su aplicación material, por las razones que a continuación se exponen.

1. Ante el silencio de la Orden SND/726/2023 sobre el fin de la vigencia de los preceptos indicados en el apartado de antecedentes, y en tanto ese centro directivo emitía el informe solicitado sobre si la publicación de la citada orden permitía entenderlos tácitamente derogados, este instituto continuó aplicándolos en sus propios términos:

- De no hacerlo así, la interpretación de la norma no la hubiera efectuado ese centro directivo, sino ese Instituto.



- Dejar de aplicar los indicados preceptos con base en una interpretación errónea o sin la suficiente seguridad jurídica, hubiera conllevado una flagrante desprotección a la ciudadanía, pues la finalidad del artículo quinto del Real Decreto-ley 6/2020, de 10 de marzo, no era otra que “proteger la salud pública”.

El mismo razonamiento puede predicarse respecto de la finalidad de protección de los y las profesionales de centros sanitarios y socio-sanitarios, pues una interpretación precipitada y errónea de la norma hubiera supuesto eliminar de forma indebida la protección especialmente prevista para este colectivo.

- Ha de tenerse en cuenta además que el cambio de régimen jurídico del subsidio conlleva la inexistencia de subsidio durante 3 días desde la baja, y que el empresario fuera responsable del mismo desde el día 4 al decimoquinto desde la baja.

2. Por otra parte, con motivo de la adaptación del aplicativo de gestión INCA a los requerimientos del régimen jurídico de la “IT COVID-19”, cuando entraba un parte de baja por contingencia común con un diagnóstico COVID-19, el citado aplicativo procedía a hacer una reconversión automática del proceso para tratar el mismo como derivado de una contingencia profesional.

A su vez esta información se comunicaba a los siguientes agentes:

- A la TGSS por el módulo 02N para que construyera los tramos de cotización y grabase las peculiaridades de cotización de pago delegado.*
- A las empresas a través del Fichero INSS Empresas (FIE).*
- A las Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social por el protocolo diario.*

En el momento en el que se emitió el informe por la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social, el 19 de julio, se iniciaron con urgencia todos los desarrollos



informáticos necesarios para poder adaptar los aplicativos de gestión al nuevo criterio de gestión y eliminar el proceso automático de reconocimiento de la contingencia profesional en los supuestos de procesos de IT por diagnósticos COVID-19, así como la modificación de los diferentes protocolos de comunicación con la TGSS, las Mutuas y las empresas.

Estos desarrollos requirieron de 5 días hábiles para su preparación, tiempo indispensable para ello, y estuvieron preparados el 26 de julio.

Por este motivo, durante el periodo del 05/07/2023 a 25/07/2023, se siguieron reconociendo los procesos de incapacidad temporal derivados de COVID-19 como accidente de trabajo cuando el trabajador fuera personal sanitario o sociosanitario, o como situación asimilada al accidente de trabajo en otro caso. Durante este periodo se han producido un total de 10.586 procesos, con una duración media de 6 días. Estas situaciones de IT verían modificadas su régimen jurídico en el caso de que los efectos del criterio hubieran de retrotraerse al 5 de julio.

3. De lo expuesto hasta el momento se concluye que habida cuenta las dudas suscitadas sobre la vigencia de los preceptos que permitían aplicar un régimen específico al subsidio de “IT COVID-19”, era necesario solicitar a ese centro directivo criterio al respecto, sin perjuicio de continuar aplicando dichos preceptos en sus propios términos en tanto no se emitiera el criterio solicitado y se llevaran a cabo los desarrollos imprescindibles que permitieran su aplicación material, lo que en el supuesto de hecho que nos ocupa tuvo lugar el día 26 de julio (13 días para la emisión del criterio desde que fue solicitado el día 6 de julio, y 6 días para realizar los desarrollos informáticos imprescindibles para su aplicación).

4. Otorgar al criterio de gestión que nos ocupa efectos retroactivos al día 5 de julio, conllevaría las siguientes actuaciones:

- Comunicar el total de procesos a la TGSS, para que proceda a hacer las regularizaciones y liquidaciones complementarias a todas las empresas que hayan abonado en régimen de pago delegado los procesos de IT como*



contingencia profesional. Las empresas habrán abonado estas prestaciones en cuantía del 75% de la BR desde el día siguiente de la baja, estando a cargo del empresario el salario íntegro correspondiente al día de la baja. En caso de modificarse el criterio y considerarse estos procesos derivados de contingencia común, desde el día cuarto al decimoquinto de baja, ambos inclusive, el subsidio estará a cargo del empresario. Teniendo en cuenta que estamos hablando de liquidaciones de julio es previsible que la tesorería aplique recargos a esas liquidaciones complementarias.

- Las empresas deberán reclamar las cantidades a sus trabajadores, ya que les habrán abonado el salario íntegro correspondiente al día de la baja y la prestación en cuantía del 75% desde el día siguiente. Cuando al tratarse de una contingencia común solo procede abonar el 60% de la BR desde el día cuarto hasta el 21, y el 75% a partir de dicho día. Teniendo en cuenta que la duración media de estos procesos ha sido de 6 días los trabajadores se verán obligados a reintegrar la mayor parte de la prestación que han percibido

- También se da la situación que trabajadores que inicialmente tuviesen derecho a la prestación por no exigírseles periodo mínimo de cotización alguno, ahora no reúnan el periodo de carencia y haya que solicitarles el reintegro íntegro de la prestación abonada.

- Del total de procesos, 505 se han abonado en régimen de pago directo, en dichos supuestos la entidad de cobertura deberá reclamar directamente al trabajador la devolución de esos ingresos indebidos.

- Desde el punto de vista contable, se tendrá que poner en conocimiento de la subdirección general de presupuestos y análisis económicos para corregir con efectos retroactivos las imputaciones presupuestarias aplicadas a la rúbrica 48210 durante el periodo en cuestión. Dicha revisión contable tendrá que realizarse también en el seno de las mutuas.



- Desde el punto de vista estadístico, habrá que revisar y corregir las estadísticas elaboradas y suministradas durante este periodo.

Cabe añadir que todas estas actuaciones (reclamar dinero a empresas y trabajadores) se señalan con independencia de los desarrollos informáticos para modificar estos procesos, de la necesidad de estudiar si es posible llevar a cabo de oficio esta revisión o se ha de formular demanda, del previsible incremento de la litigiosidad como consecuencia de las impugnaciones que puedan formular trabajadores y empresarios, y de la repercusión mediática que implicaría esta medida.

5. A juicio de esta entidad gestora la fecha de efectos del criterio interpretativo debe supeditarse al momento en que, una vez conocido el contenido del criterio y efectuados los desarrollos imprescindibles, fue posible su aplicación material. Situarla en un momento anterior y revisar las prestaciones reconocidas en perjuicio de los interesados (trabajadores y empresarios) sería contrario a la doctrina de los actos propios, que de acuerdo con la STC 73/1988, de 21 de abril, decreta la inadmisibilidad del venire contra factum proprium, es decir, vincula al autor de una declaración de voluntad al sentido objetivo de la misma y a la imposibilidad de adoptar después un comportamiento contradictorio, lo que encuentra su fundamento último en la protección que objetivamente requiere la confianza que fundadamente se puede haber depositado en el comportamiento ajeno y la regla de la buena fe que impone el deber de coherencia en el comportamiento y limita por ello el ejercicio de los derechos objetivos, principio que no solo es aplicable a los sujetos privados, sino a las relaciones jurídicas regidas por el derecho administrativo.

Del mismo modo, la STS de 10 de junio de 2013 (recurso de casación 1461/2012) , establece:

“(...) el respeto al principio de protección de la confianza legítima, que rige en un Estado de Derecho las relaciones entre la Administración y los particulares, por imperativo de lo dispuesto en los artículos 9.3 y 103 de la Constitución, determina que una autoridad pública no puede adoptar decisiones que frustren o defrauden las expectativas fundadas de los particulares, derivadas de un previo proceder de la Administración,



acorde con la legalidad, que ha provocado que estos, basados en la situación de confianza suscitada, adecuen su comportamiento procedimental. Este principio no puede invocarse, sin embargo, para legitimar actuaciones de la administración, de carácter reglado, que se revelen contrarias al ordenamiento jurídico, o que resulten contradictorias con el fin o interés público tutelado por la norma jurídica, pues en ningún modo puede validar una conducta arbitraria de la administración que suponga el reconocimiento de derechos o facultades contrarios al principio de legalidad.”

En el supuesto de hecho que nos ocupa, la aplicación en sus propios términos de los preceptos sobre cuya vigencia se consultó en tanto era emitido el correspondiente criterio interpretativo por ese centro directivo y se llevaban a cabo los desarrollos dirigidos a eliminar en INCA el automatismo en los procesos IT COVID-19, fue la gestión estrictamente necesaria e imprescindible para considerar derogados dichos preceptos danto así cumplimiento al criterio interpretativo de ese centro directivo conforme a lo previsto en el artículo 35.1.c) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en cuya virtud es posible que la Administración se separe de un criterio seguido en actuaciones precedentes siempre y cuando dicha actuación esté motivada, con sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho.

6. En conclusión, se consulta a ese centro directivo si la fecha de efectos de su criterio interpretativo de 19 de julio de 2023 debe retrotraerse al día 5 de julio por ser la fecha de entrada en vigor de la Orden SND/726/2023, de 4 de julio (habida cuenta que los términos de la norma interpretada no han experimentado modificación desde su aprobación); o, por el contrario, aun cuando desde el día 5 de julio de 2023 se den las condiciones para considerar finalizada la vigencia de los preceptos objeto de consulta, la fecha de efectos del criterio se debe trasladar al día 26 de julio de 2023, al no ser posible su aplicación material hasta dicha fecha.

No obstante, por lo expuesto a lo largo del presente escrito, a juicio de esta entidad gestora, la fecha de efectos del criterio que nos ocupa debe estar íntimamente ligada al cumplimiento de lo previsto en el artículo 35.1.c) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, así como al



respeto a la doctrina de los actos propios y a la de la confianza legítima; determinando todo ello que dicha fecha sea el 26 de julio de 2023, al no ser posible hasta entonces su aplicación material.”

Criterio DGOSS

A la vista de la extensa justificación que expone esa Entidad Gestora en relación con la necesidad de que el Criterio **de interpretación** 13/2023 de esta Dirección General y, por tanto, la Orden SND/726/2023, de 4 de julio, dando por finalizada la situación de crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19 y con ello, las medidas extraordinarias adoptadas con motivo de dicha crisis que relaciona el artículo segundo de la orden, se apliquen desde el 26 de julio de 2023 y no desde el 5 de julio del mismo año, fecha de entrada en vigor de la citada orden, solo cabe atender a esta petición.

Efectivamente, como se señala en su escrito, la Orden SND/726/2023, de 4 de julio, a diferencia de otras medidas cuya vigencia declaraba expresamente finalizada, guardaba silencio respecto las previstas en la disposición adicional cuarta de la Ley 10/2021, de 9 de julio; en el artículo 6 y disposición adicional tercera del Real Decreto-ley 3/2021, de 2 de febrero; y en el artículo quinto del Real Decreto-ley 6/2020, de 10 de marzo, lo que conllevó a que, en tanto este Centro Directivo emitía el criterio solicitado sobre si la publicación de la citada orden permitía entender derogados tácitamente los referidos preceptos, ese Instituto no pudo sino continuar aplicándolos en sus propios términos, ya que precisaba de una interpretación normativa; en el caso de que hubieran dejar de aplicarse y posteriormente esta Dirección General hubiera considerado que seguían estando vigentes se habrían producido graves perjuicios para los interesados y evidentes problemas para la gestión, que se ponen de manifiesto en su escrito.

Por otra parte, no parece factible proceder a la revisión de las prestaciones reconocidas al amparo de los preceptos tácitamente derogados entre el 5 de julio y la fecha en que ese Instituto estuvo en disposición de dejar de aplicarlos, el 26 de julio de 2023, por los motivos que se relacionan en el apartado 4 de su escrito, donde se exponen las consecuencias que ello tendría tanto en lo que se refiere a los procesos de gestión de



la TGSS y de las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social, como en la necesaria rectificación de estadísticas, modificaciones contables, reclamación de cantidades a los trabajadores por parte de las empresas en los supuestos de pago delegado y reclamación por parte de la entidad gestora en caso de abono directo, litigiosidad derivada de la masiva revisión de oficio, así como la posible pérdida de prestaciones en aquellos casos en que, al calificarse como derivadas de contingencia común en lugar de profesional, el trabajador no alcance la carencia exigida. Todo ello en el marco de un gran número de prestaciones afectadas (solo por incapacidad temporal, en el período del 5 al 26 de julio de 2023, 10.586 procesos, con una duración media de 6 días).

Vista la situación expuesta, considera esta Dirección General que aceptar la fecha de efectos que se solicita para la aplicación del Criterio de interpretación 13/2023, el 26 de julio de 2023, desde que fue posible materialmente su aplicación, hay que fundamentarlo, más que sobre la base de la doctrina de los actos propios y el principio de confianza legítima, en la imprevisión de la Orden SND/726/2023, de 4 de julio, que por provenir del Ministerio de Sanidad, **no ha tenido en cuenta que la gestión de las prestaciones del sistema necesita un tiempo para proceder a la adaptación de la gestión a los cambios normativos**, como demuestra, a título de ejemplo, la disposición final décima del Real Decreto-ley 2/2023, de 16 de marzo, de medidas urgentes para la ampliación de derechos de los pensionistas, la reducción de la brecha de género y el establecimiento de un nuevo marco de sostenibilidad del sistema público de pensiones, que difiere a los dos meses desde la publicación en el Boletín Oficial del Estado del real decreto-ley la entrada en vigor de la nueva regulación de los procesos por incapacidad temporal (artículos 169.1.b), 170, 174, 248.1.b), disposición adicional primera.4 y disposición trigésima séptima del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, redactados respectivamente por los apartados diecisiete, dieciocho, diecinueve, veintisiete, treinta y treinta y siete del artículo único del citado real decreto-ley), lo que estuvo motivado por la necesidad de dar tiempo a la gestión para realizar las adaptaciones necesarias para la puesta en práctica del cambio normativo.



En consecuencia, a fin de cubrir la imprevisión padecida en la Orden SND/726/2023, de 4 de julio, en cuanto a las necesidades de la gestión para dejar de aplicar los preceptos relativos a prestaciones del sistema de la Seguridad Social que dicha norma deroga, que se ha visto agravada en lo que se refiere a aquellos que no se mencionaban expresamente (disposición adicional cuarta de la Ley 10/2021, de 9 de julio; artículo 6 y disposición adicional tercera del Real Decreto-ley 3/2021, de 2 de febrero; y artículo quinto del Real Decreto-ley 6/2020, de 10 de marzo), respecto de los que fue necesario el criterio de esta Dirección General considerando efectivamente producida su derogación, dadas las competencias que tiene atribuidas por el artículo 3.1.a) del Real Decreto 497/2020, de 28 de abril, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, en cuanto a *“La realización de las funciones de ordenación jurídica del sistema de la Seguridad Social, elaborando e interpretando las normas y disposiciones que afecten a dicho sistema, unificando y dictando los criterios normativos necesarios para su efectividad”*, **se considera que el Criterio de interpretación 13/2023 de esta Dirección General debe surtir efectos desde el 26 de julio de 2023, fecha en la que el INSS estuvo en disposición de aplicarlo.**