

IMPLICACIONES DEL COVID-19 EN LA ACCIÓN PROTECTORA
DE LA SEGURIDAD SOCIAL POR CONFINAMIENTO,
RESTRICCIÓN EN LOS DESPLAZAMIENTOS Y CONTAGIO.
¿CONTINGENCIA COMÚN O PROFESIONAL?

IMPLICATIONS OF COVID-19 IN THE PROCTIVE ACTION
OF SOCIAL SECURITY DUE TO CONFINEMENT, RESTRICTION
IN DISPLACEMENT AND CONTAGION. COMMON OR
PROFESIONAL CONTINGENCY?*

Guillermo Rodríguez Iniesta**

Universidad de Murcia

SUMARIO: 1. Introducción. –2. La especial relevancia en nuestro Sistema de Seguridad Social de la causa que actualiza el riesgo social protegido. –3. La normativa COVID-19 relacionada con la determinación de la contingencia; 3.1. Fase inicial: del 26 de febrero al 11 de marzo de 2020; 3.2. Fase de reconocimiento legal expreso por asimilación limitada extraordinaria al riesgo de accidente de trabajo (a partir de 12 de marzo de 2020); 3.2.1. El artículo quinto del RD-ley 6/2020, de 10 de marzo. Asimilación para trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia; 3.2.2. El art. 11 del RD-ley 7/2020, de 12 de marzo. Asimilación para el personal encuadrado en los Regímenes Especiales de los Funcionarios Públicos¹; 3.2.3. La ampliación de la protección por incapacidad temporal a las situaciones de confinamiento total; 3.2.4. Las sucesivas reformas del artículo quinto del RD-ley 6/2020; 3.2.5. La consideración singular del personal sanitario afectado por el COVID-19; 3.2.6. A modo de resumen; 3.3. Una valoración crítica de esta asimilación o cobertura singular. –4. Dos aspectos que considerar sobre la calificación del COVID-19 como accidente de trabajo; 4.1. El recargo en las prestaciones de la Seguridad Social; 4.2. Su posible consideración como enfermedad profesional.

RESUMEN

Las respuestas que se ha dado desde el sistema de Seguridad Social a la crisis sanitaria provocada por el COVID-19 tiene indudables luces, pero también sombras. Su consideración limitada como riesgo profesional es objeto de un análisis crítico en este estudio.

ABSTRACT

The response that the Social Security system has given to the health crisis caused by COVID-19 has undoubted lights, but also shadows. Its limited consideration as a professional risk is the subject of critical analysis in this study.

Palabras clave: COVID-19, Seguridad Social, accidente de trabajo, enfermedad profesional.

Key words: COVID-19, Social Security, work accident, occupational disease.

*Recibido el 30 de diciembre de 2020. Aceptado el 11 de enero de 2021.

** Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

¹ Publicado en el BOE de 13 de marzo 2020 y entrada el mismo día.

1. INTRODUCCIÓN

Tras el Consejo de Ministros celebrado en fecha 28 de febrero de 2020, se facilitaba una nota de prensa en la que se noticiaba el informe presentado el Ministro de Sanidad de la situación del brote de coronavirus originado en China. La nota indicaba que en nuestro “*en nuestro país no se ha detectado ninguna persona afectada. Todos los casos analizados hasta el momento han sido descartados. El ministro ha insistido en que España está preparada para afrontar cualquier eventualidad*” y concluía que “... a pesar de las restricciones chinas y que España no tiene vuelos de conexión directa con Wuhan, no se puede descartar que aparezca algún caso importado en España procedente de la zona de riesgo. Si esto ocurriera, según los expertos del Ministerio de Sanidad, la probabilidad de que se produjeran casos secundarios en nuestro país se estima baja”². Curiosamente, dos días antes, el 26 de febrero, la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social, adoptaba un criterio sobre como considerar las situaciones de incapacidad temporal derivadas de los períodos de aislamiento preventivo sufridos por los trabajadores como consecuencia del nuevo tipo de virus de la familia CORONAVIRIDAE, denominado SARS-COV-2. Unos días después, concretamente el 9 de marzo, el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, del que forma parte el Ministerio de Sanidad, acordó un conjunto de medidas para zonas que se encontraban en situación de transmisión comunitaria significativa de coronavirus (Comunidad de Madrid, la ciudad de Vitoria y la localidad de Labastida), como la suspensión de la actividad docente presencial y actividades complementarias educativas y recomendaciones en el ámbito laboral (relativas a teletrabajo, reuniones por videoconferencias, etc.). Además, con referencia a todo el territorio nacional, se adoptaban otras medidas relativas a los mayores; evitación de viajes que no sean necesarios, recomendaciones a grupos de riesgo de que permanezcan en sus domicilios, etcétera. Al día siguiente, se aprobó el RD-ley 6/2020, de 10 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en el ámbito económico y para la protección social de la salud pública, de señalamiento especial para lo que aquí interesa será su artículo quinto “*Consideración excepcional como situación asimilada a accidente de trabajo de los períodos de aislamiento o contagio de las personas trabajadoras como consecuencia del virus COVID-19*”³, precepto que sería luego objeto de sucesivas modificaciones⁴. Siendo luego completado por el art. 9 del RD-ley 19/2020, 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 por el que se considerara como contingencia profesional derivada de accidente de trabajo las enfermedades padecidas por el personal que presta servicios en centros sanitarios o socio-sanitarios como consecuencia del contagio del virus SARS-CoV2 durante el estado de alarma.

El objeto de este estudio es, partiendo de la relevancia que tiene en nuestro sistema de Seguridad Social el que se impute a contingencia profesional o común la actualización de un determinado riesgo social, analizar y valorar las implicaciones que ha tenido, tiene y tendrán el art. quinto del RD-ley 6/2020 y art. 9 del RD-ley 19/2020⁵.

² El parte del Consejo de Ministros se puede consultar en www.lamoncloa.gob.es (consultado en 27 de noviembre de 2020).

³ Rúbrica inicial. En la actualidad su rúbrica es “*Consideración excepcional como situación asimilada a accidente de trabajo de los períodos de aislamiento, contagio o restricción en las salidas del domicilio donde tengan el domicilio o su centro de trabajo las personas de las personas trabajadoras como consecuencia del virus COVID-19*”.

⁴ Por Reales Decretos Leyes: 13/2020, de 7 de abril; 27/2020, de 4 de agosto; y 28/2020, de 22 septiembre.

⁵ Véase MONEREO PÉREZ, J. L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G.: “La protección social en la emergencia. Entre el ensayo, precipitación y búsqueda de soluciones en tiempos de incertidumbre (A propósito de la crisis sanitaria provocada por el COVID-19 y las medidas legales)”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, 21 trimestre 2020, n.º 23, pp. 11-54.

2. LA ESPECIAL RELEVANCIA EN NUESTRO SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL DE LA CAUSA QUE ACTUALIZA EL RIESGO SOCIAL PROTEGIDO

En la Ley 193/1963, de 28 de diciembre, Bases de la Seguridad Social (LBSS), en su apartado I de “Justificación y directrices de la Ley”, podemos encontrar afirmaciones tales como que la Ley está presidida por ciertas directrices entre las que se encuentran la conjunta consideración de las situaciones o contingencias protegidas⁶ y que la Ley “*superando la regresiva noción de riesgos singulares atendida la causa, delimita situaciones y contingencias susceptibles de protección para la consideración conjunta de las mismas en vista de sus efectos*”⁷. Por tanto, se esperaba que situaciones o contingencias definidas con carácter general se entiendan unívocamente, sin que circunstancias que concurren en la actualización del riesgo lleven consigo una protección social diferenciada. La realidad ha sido otra y la protección social que dispensa el sistema es distinta según la causa que provoque la actualización del riesgo. Y eso, sin ánimo de ser exhaustivo, lo podemos ver en lo siguiente:

A) Garantías y facilidades en el acceso a la protección

Dos son los requisitos generales de acceso a cualquier prestación del sistema el de estar afiliado y en alta o situación asimilada. Ante incumplimientos empresariales relativos actos instrumentales de afiliación y/o alta del trabajador cabe la posibilidad de poder quedar teóricamente desprotegido. Pues bien, en estos casos y a efectos de cualquier prestación que derive de un accidente de trabajo o enfermedad profesional, el trabajador será considerado en situación de alta de pleno derecho a profesionales, art. 166.4 LGSS⁸. En general –salvo determinadas excepciones⁹– para las prestaciones contributivas de contenido económico del sistema es necesario tener cubierto un determinado período de cotización, que para las situaciones que provengan de accidente de trabajo y enfermedad profesional no es exigible, art. 165.4 LGSS¹⁰.

Por otro lado, ante incumplimientos empresariales de sus obligaciones para con la Seguridad Social, los trabajadores tienen la garantía en su percepción en virtud del principio de automatización en las prestaciones, art. 167 LGSS¹¹ y arts. 94 a 96 Ley de Seguridad Social de 1966¹².

B) Una protección diferenciada y privilegiada

Tanto cuantitativa como cualitativamente el contenido de la acción protectora de la Seguridad Social es más favorable cuando el riesgo protegido proviene de causas profesionales, a saber:

a) Las prestaciones económicas contributivas de la Seguridad Social vienen determinadas por una base reguladora a la que se aplica luego un porcentaje. Pues bien, ambos parámetros son mucho más beneficiosos cuando derivan de causas profesionales:

- Incapacidad temporal: la prestación se percibe desde el día siguiente a la baja, en su base reguladora computan lo cotizado por horas extraordinarias y el porcentaje a percibir desde su inicio es del 75%¹³. Por el contrario, si tal situación procede de contingencias comunes el sub-

⁶ Punto 2 del apartado I de la LBSS.

⁷ Punto 6 del apartado I de la LBSS.

⁸ También para las prestaciones por desempleo.

⁹ Por ejemplo, para las prestaciones por nacimiento y cuidado de menor cuando el progenitor sea menor de 21 años.

¹⁰ Tampoco en los casos que provengan –encontrándose en situación de alta o asimilada– de accidente común.

¹¹ Véanse también los arts. 94 a 96 del texto articulado de Ley de Seguridad Social de 1966, De

¹² Decreto 907/1966, de 21 de abril, aprobando el texto articulado primero de la Ley 193/1963, de 28 de diciembre, sobre Bases de la Seguridad Social. Ante la falta de desarrollo reglamentario de los preceptos de la LGSS relativos a la responsabilidad empresarial, el Tribunal Supremo viene considerando en vigor tales preceptos de conformidad con lo prevista en la DT. 2.^a del D. 1645/1972, de 23 de junio.

¹³ Véase art. 2.1 D. 3158/1966, de 23 diciembre, reglamento general que determina la cuantía de las prestaciones económicas del Régimen General de la Seguridad Social y condiciones de derecho de las mismas (RGP); art. 13 D.1646/1972, de 23 de junio; y art. 2.2 Orden 13 octubre de 1967 (OIT).

sidio se inicia a partir del día cuarto, en la base reguladora no se integra lo cotizado por horas extras y el subsidio comienza con el porcentaje del 60% y solo se eleva al 75% en caso de alcanzar el día veintiuno de la baja¹⁴. Además, en las concatenaciones posibles de incapacidad temporal-desempleo-incapacidad temporal, la cuantía de la prestación en caso de que la incapacidad temporal tenga su origen en contingencias profesionales no se ve afectada por la extinción del contrato y además no afecta a la duración de la prestación subsiguiente de desempleo¹⁵.

- Incapacidad permanente. Tanto en el grado de incapacidad parcial cuya prestación es una indemnización como en los grados pensionables, la determinación de la base reguladora es mucho más favorable que si procediera de riesgos comunes. En el grado de total se toma en consideración el subsidio de incapacidad temporal derivado de contingencias profesionales y en el caso de los grados de total, absoluta o gran invalidez el cálculo es sobre la “vieja” fórmula del capítulo V del Reglamento de Accidentes de Trabajo de 1956, que viene a suponer en términos generales un promedio sobre los salarios reales del último año¹⁶.

- Pensiones por supervivencia. De similar forma a las pensiones de incapacidad permanente en cálculo de la base reguladora de las distintas pensiones (viudedad, orfandad y favor familiares) se lleva a cabo aplicando la fórmula del capítulo V del Reglamento de Accidentes de Trabajo de 1956.

b) La existencia de contingencias “específicas” para riesgos profesionales

Sería el caso de las situaciones período de observación para la determinación de enfermedad profesional¹⁷, riesgo durante el embarazo¹⁸, riesgo durante la lactancia natural¹⁹, cuidado de hijo enfermo de cáncer u otra enfermedad grave²⁰ y lesiones permanentes no invalidantes²¹.

c) El establecimiento de prestaciones adicionales o anejas a otras: sería el caso de las indemnizaciones especiales a tanto alzado en caso de fallecimiento para pensionistas de viudedad, orfandad y en su caso favor familiares²².

d) Las derivadas de la protección complementaria a la básica. Se trata de las que se establezcan como mejoras voluntarias a las básicas²³.

e) La fijación de un plus penalizador sobre las prestaciones causadas a cargo del empresario en todas las prestaciones de la Seguridad Social cuando el accidente de trabajo o enfermedad profesional sea a consecuencia de la falta de equipos de trabajo o en instalaciones, centros o lugares de trabajo que carezcan de los medios de protección reglamentarios, los tengan inutilizados o en malas condiciones, o no se hayan observado las medidas generales o particulares de seguridad o salud en el trabajo, o la de adecuación personal a cada trabajo, teniendo en cuenta sus características y de edad, sexo y otras condiciones del trabajador²⁴.

¹⁴ Véanse: arts. 2 RGP; único del RD 53/1980, de 11 de enero; 13 del D. 1646/1972, de 23 de junio; y art. 2.1 de OIT.

¹⁵ Art. 283.1 ap. 3 LGSS.

¹⁶ Véase art. 12 RGP; arts. 58 a 72 del D. 22 de junio de 1956; y DA. 11.^a del RD 4/1998, 9 de enero, y arts. 60 y ss. del D. 22 junio de 1956; art. 7.3 RGP; DA. 11.^a RD 4/1998, de 9 de enero.

¹⁷ Art. 169.1.b) LGSS.

¹⁸ Arts. 186 y 187 LGSS.

¹⁹ Arts. 188 y 189 LGSS.

²⁰ Arts. 190 a 192 LGSS.

²¹ Art. 201 y 203 LGSS.

²² Art. 227 LGSS.

²³ Arts. 238 a 240 LGSS.

²⁴ Véase art. 164 LGSS.

g) La posibilidad de la exigencia de una reparación de daños y perjuicios por responsabilidad civil²⁵. No se olvide que la reparación de los daños y perjuicios provocados por un accidente no se agotan con la reparación vía acción protectora de la Seguridad Social incluyendo la penalización en su caso del recargo en las prestaciones, ya que es preciso la reparación íntegra de los daños y perjuicios causados por el mismo. Ahora bien, no se olvide que una cosa es la compatibilidad y reparación del daño por varias vías y otra es la duplicidad ya que el daño es único.

f) En el caso de las prestaciones de servicios también hay diferencias de trato. Es el caso, por ejemplo, de la asistencia sanitaria que se presta en su máxima extensión²⁶ y que en el caso de la prestación farmacéutica no lleva consigo aportación del beneficiario²⁷.

C) Otras cuestiones

En el ámbito de la gestión entran en juego, con plena capacidad, asociaciones empresariales privadas como son las Mutuas colaboradoras con la Seguridad Social²⁸.

En el aspecto económico financiero, la financiación de las prestaciones que se puedan derivar de riesgos profesionales es a cargo íntegramente (por lo que respecta al Régimen General) de los empresarios, en atención a la mayor o menor peligrosidad de la actividad desempeñada²⁹. En el terreno de la acción protectora, en relación con las pensiones, el sistema que se utiliza es el de capitalización de las prestaciones en lugar del sistema reparto para el caso de riesgos comunes³⁰. Por otro lado, no cabe olvidar las especiales obligaciones empresariales en el ámbito de la prevención de riesgos laborales con repercusión indirecta en la acción protectora, por ejemplo:

a) Reconocimientos médicos previos a la admisión de los trabajadores que vayan a ocupar y los periódicos que en atención al tipo de enfermedad establezcan las normas de aplicación³¹.

b) La prohibición de contratar a trabajadores que no sean declarados aptos para el trabajo³².

c) La obligación de cambio de puesto de trabajo en caso de riesgo de enfermedad profesional y si no fuera posible la baja del trabajador en la empresa, inscripción con derecho preferente en la oficina de empleo y subsidio a cargo de la empresa durante 12 meses y si persiste la situación de desempleado, subsidio de seis meses con cargo al Fondo Compensador de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales (actualmente asumido por el INSS)³³.

c) En dos prestaciones muy relacionadas con la prevención, la de riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural, las obligaciones de evaluación, eliminar riesgos y adaptación de las condiciones o tiempos de trabajo³⁴.

²⁵ Véanse arts. 1101 y 1902 Código Civil.

²⁶ En palabras de derogado art. once.1 del Decreto 2766/1967, de 16 de noviembre "... se prestará al trabajador de la manera más completa...".

²⁷ Art. Segundo RD 945/1978, de 14 de abril; y art. 102.8. e) RD-legislativo 1/2015, 24 de julio.

²⁸ Arts. 80 y ss. LGSS.

²⁹ Art. 164 LGSS.

³⁰ Art. 110.3 LGSS.

³¹ Arts. 243 y 244 de la LGSS

³² Art. 243.3 LGSS

³³ Véase art. 48 de la Orden de 9 de mayo de 1962.

³⁴ Véase art. 26 Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales.

3. LA NORMATIVA COVID-19 RELACIONADA CON LA DETERMINACIÓN DE LA CONTINGENCIA

3.1. Fase inicial: del 26 de febrero al 11 de marzo de 2020

En los inicios de la crisis sanitaria la situación se abordará con dos criterios administrativos de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social (DGOJSS)³⁵:

A) Criterio 2/2020, de 26 de febrero de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social.

El criterio surge como respuesta a la cuestión planteada por la situación de los trabajadores que tras su contacto con un caso de SARS-CoV-2, pudieran estar afectados por dicha enfermedad y que, en aplicación de los protocolos establecidos por las autoridades sanitarias queden sujetos a aislamiento preventivo para evitar riegos de contagio hasta que se confirme o no el diagnóstico de dicha enfermedad. La DGOJSS parte de las siguientes consideraciones:

a) Durante esta situación de aislamiento el trabajador no está afectado en sentido estricto por un accidente o enfermedad.

b) Es necesario que el trabajador esté vigilado y reciba la correspondiente asistencia sanitaria en orden a la concreción del diagnóstico de su estado.

c) El trabajador está impedido para el trabajo.

Y por ello, adopta como criterio, que tales períodos de aislamiento a los que sean sometidos los trabajadores por el virus SARS-CoV-2, será considerados como situaciones de incapacidad temporal derivada de enfermedad común, con derecho a lucrar las correspondientes prestaciones, cumplidos los requisitos exigidos, y en los términos y condiciones establecidos por las normas del régimen de la Seguridad Social en la que se encuentre encuadrado³⁶.

En realidad, es el mismo criterio (incluidos sus razonamientos) que el adoptado por la Resolución General de 7 de mayo de 2009, de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social, en relación con el aislamiento preventivo sufridos por los trabajadores como consecuencia de la gripe A H1 N1, como consecuencia de la pandemia de gripe porcina en 2009³⁷.

B) Criterio 3/2020, de 9 de marzo de la DGOJSS³⁸.

En este criterio la DGOJSS resuelve la consulta planteada relativa a la determinación de la contingencia de la situación de los trabajadores confirmados como positivos en las pruebas de

³⁵ El art. 3.1. a) del RD 497/2020, de 28 abril, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, dispone: "1. *Corresponden a la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social las funciones siguientes: 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*".

³⁶ Véanse los arts. 172 a 175 y 321 de la LGSS para los trabajadores encuadrados en el R. General (también aplicable a los trabajadores de los Regímenes Especiales de los Trabajadores del Mar y de la Minería del Carbón) y Régimen Especial de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos.

El 27 de febrero de 2020 el Ministerio de Sanidad hizo pública una guía de Procedimiento de Actuación frente a casos de infección por el nuevo Coronavirus (SARS-COV-2).

³⁷ En 11 de junio de 2009 la Organización Mundial de la Salud declaró establecida la situación de pandemia y elevó el nivel de alerta mundial a fase 6, debida a un virus influenza A (H1N1) de origen porcino que produjo casos de gripe en marzo en Méjico y que a partir de abril se fue extendiendo a lo largo del mundo.

³⁸ El criterio tiene en cuenta las consideraciones recogidas en: a) el Informe de la Dirección del Servicio Jurídico de la Administración de la Seguridad Social, emitido con motivo de la elaboración de la Guía sobre el Plan de Ac-

detección del COVID-19. Se parte de considerar que el contacto con virus puede afectar a entornos sanitarios y no sanitarios —obvio— por lo que su ámbito incluye trabajadores involucrados en la asistencia sanitaria³⁹, transporte aéreo, marítimo y ferrocarril de larga distancia o internacional⁴⁰, los colectivos de rescate (bomberos, salvamento marítimo, policía, guardia civil, etc.) —sic—, atención al público, hostelería, sector servicios, etc. Y ante ello se fija el siguiente criterio:

“La enfermedad ocasionada por el virus COVI-19 deberá catalogarse como “enfermedad común” a los efectos de las prestaciones de Seguridad Social, salvo que se pruebe que la enfermedad se ha contraído con causa exclusiva en la realización del trabajo en los términos que señala el artículo 156 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, en cuyo caso será calificada como accidente de trabajo.

La fecha del hecho causante vendrá determinada por la fecha de inicio del aislamiento si, con carácter previo al diagnóstico de la enfermedad, ha estado sometido a un periodo de aislamiento.”

En definitiva, la situación a 9 de marzo de 2020 era la siguiente:

A) Trabajador sujeto a aislamiento:

- Situación de incapacidad temporal derivada de enfermedad común.

B) Trabajador afectado por el virus COVID-19:

- Regla general: Situación de incapacidad temporal derivado de enfermedad común.

- Regla especial: Situación de incapacidad temporal derivada de accidente de trabajo cuando se pruebe que la enfermedad ha sido contraída con causa exclusiva en la realización del trabajo en las condiciones previstas en el art. 156 LGSS.

En realidad, la situación descrita y la respuesta dada por la Administración, no era ninguna novedad, ni tampoco presenta singularidades a destacar. Si se está afectado por la enfermedad COVID-19 la contingencia será enfermedad común o si está motivada y es causa exclusiva en el trabajo, será considerado como accidente de trabajo, como cualquier otra enfermedad, previsión ya recogida en el art. 156.2 letra e) LGSS. Queda en principio fuera en la determinación de la contingencia el accidente común, obviamente; y la enfermedad profesional —sobre ello se volverá más adelante— al no estar recogida expresamente en el RD 1299/2006, de 10 de noviembre.

tuación de empresas frente a emergencia-pandemia de gripe de fecha 31 de julio de 2009; y b) El “Procedimiento de actuación para los servicios de prevención de riesgos laborales frente a la exposición al nuevo coronavirus”, de fecha 28 de febrero 2020, y en cuya elaboración intervinieron: el Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo, el Centro Nacional de Medios de Protección, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, la Sociedad Española de Medicina y Seguridad en el Trabajo, la Asociación Española de Especialistas en Medicina del Trabajo, la Asociación Nacional de Medicina del Trabajo en el Ámbito Sanitario, la Sociedad Española de Salud Laboral en la Administración Pública, la Federación Española de Enfermería del Trabajo, Comisiones Obreras, Unión General de Trabajadores, la Asociación Nacional de Servicios de Prevención Ajenos, y los Servicios de Prevención Ajenos. Téngase en cuenta que dicho procedimiento ha sido objeto de sucesivas actualizaciones, la última en 21 de diciembre de 2020.

³⁹ Comprendiendo dentro de ellos las actividades relacionadas con el aislamiento, traslados, labores de limpieza, eliminación de residuos, etc.).

⁴⁰ No se menciona al transporte de personas urbano o por carretera.

Por lo que respecta a las situaciones de aislamiento téngase en cuenta, por lo noticiado anteriormente, que se parte de que se considera que el trabajador sometido al mismo está vigilado y recibe la correspondiente asistencia sanitaria en orden a la concreción del diagnóstico de su estado; y por ello está impedido para el trabajo. Es decir, se dan las notas caracterizadoras de una situación de incapacidad temporal.

3.2. Fase de reconocimiento legal expreso por asimilación limitada extraordinaria al riesgo de accidente de trabajo (a partir de 12 de marzo de 2020)

3.2.1. El artículo quinto del RD-ley 6/2020, de 10 de marzo. Asimilación para trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia

Dos días antes de que se declarara el estado de alarma por el RD 463/2020, de 14 de marzo, entrará en vigor el RD-ley 6/2020, de 10 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en el ámbito económico y para la protección de la salud pública⁴¹. Su finalidad declarada era "... evitar la propagación de la enfermedad y mantener la protección social de los trabajadores por cuenta propia o ajena ..."⁴², se va a considerar que tanto el período de aislamiento o contagio de los trabajadores por el virus COVID-19, se asimilarán a accidente de trabajo a efectos de la prestación económica por incapacidad temporal del sistema de Seguridad Social. La medida se recoge en su artículo quinto en los siguientes términos⁴³:

- a) Tiene un carácter excepcional.
- b) Se asimilan accidente de trabajo los períodos de aislamiento o contagio de los trabajadores.
- c) Con unos efectos limitados: solo para causar la prestación económica de incapacidad temporal.
- d) La duración viene delimitada temporalmente por el período de baja por aislamiento y el correspondiente al alta.
- e) La fecha del hecho causante será aquella en que se acuerde el aislamiento o enfermedad del trabajador, sin perjuicio de que el parte de baja se expida con posterioridad.

Dos detalles curiosos se habrán advertido:

1) Cuando se habla de la duración, solo hay referencia a la baja por aislamiento, nada se dice en relación con el contagio.

2) En relación con el contagio, nada se indica expresamente si el mismo debe estar o no provocado por el trabajo desempeñado. Lo que nos lleva a plantearnos la existencia de tres escenarios distintos:

- Aislamiento: Situación excepcional asimilada a accidente de trabajo exclusivamente para la prestación económica de incapacidad temporal.

- Contagio: Situación excepcional asimilada a accidente de trabajo exclusivamente para la prestación económica de incapacidad temporal.

⁴¹ Se publicó en el BOE de 11 de marzo y la entrada en vigor el 12 de marzo de 2020.

⁴² Véase la exposición de motivos del RD-ley 6/2020, 10 de marzo.

⁴³ La redacción inicial de dicho artículo estuvo en vigor desde 12 de marzo hasta el 8 de abril de 2020.

- Contagio contraído por el trabajador con motivo de la realización de su trabajo, siempre que se pruebe que la enfermedad tuvo por causa exclusiva la ejecución del mismo⁴⁴: será considerado como accidente de trabajo a todos los efectos y prestaciones que de ello se puedan derivar.

Las dudas suscitadas en la aplicación de este artículo quinto llevarán a que la DGOSS adopte un nuevo criterio 4/2020, de 12 de marzo, que aclarará y concretará determinadas cuestiones, como⁴⁵:

a) La entrada en vigor de la nueva medida recogida en el artículo quinto. A tenor de las Disposición final segunda del RD-ley 6/2020, la misma se producirá el día siguiente a su publicación en el Boletín Oficial del Estado, es decir el doce de marzo. Pues bien, el citado criterio vendrá a señalar que los períodos de aislamiento y contagio que se hayan producido antes de la entrada en vigor del indicado artículo quinto, la aplicación del mismo tendrá efectos retroactivos al momento en que se hubiera acordado el aislamiento o diagnosticado el contagio, por tanto, la prestación económica de incapacidad temporal será considerada derivada –asimilada– accidente de trabajo.

b) El alcance de la asimilación a accidente de trabajo. El criterio sostiene que solo se extiende al subsidio de incapacidad temporal, no a la asistencia sanitaria, salvo que la enfermedad haya sido contraída con causa exclusiva en la realización del trabajo, en los términos previstos en el art. 156 LGSS.

Por otro lado, el INSS emitirá el 11 de marzo de 2020 (actualizado en 19 de marzo) unas instrucciones aclaratorias relativas al procedimiento de remisión de partes de los Servicios Públicos de Salud (SPS) por CORONAVIRUS, en los siguientes términos⁴⁶:

a) La competencia para emitir dichos partes radicará en los médicos de los SPS, excluyendo expresamente a los facultativos de las Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social (MCSS), del Instituto Social de la Marina (ISM) o de las empresas colaboradoras.

b) No será necesaria la presencia física del trabajador⁴⁷ siempre que exista indicación de la autoridad en caso de aislamiento y constatación de la enfermedad por los medios disponibles en el SPS (por ejemplo, historias clínicas) y cabe la posibilidad de emitir la baja con efectos retroactivos.

c) En el parte de baja, como contingencia, se indicará “enfermedad común”. Y el código a utilizar será⁴⁸:

⁴⁴ Art. 156.2 letra e) LGSS.

⁴⁵ Curiosamente la Subdirección General de Ordenación y Asistencia jurídica del INSS adoptará el criterio de gestión 8/2020, de 17 de marzo, que recoge estas mismas pautas de actuación dada desde la DGOSS y dejará sin efectos los criterios 2 y 3 emitidos por esta última.

⁴⁶ También son de tener en cuenta las instrucciones de la Subdirección General de Gestión de Prestaciones y la Subdirección General de Gestión de la Incapacidad Temporal y otras prestaciones a corto plazo a los Directores Provinciales del INSS, en relación con la suspensión por el Servicio de Correos de la práctica de notificaciones y suspensión de plazos para interponer reclamación previa.

Estas instrucciones se completaron con la “Actualización de la emisión y transmisión de partes de incapacidad temporal al Instituto Nacional de la Seguridad Social, en el caso de trabajadores especialmente sensibles y de partes de procesos COVID-19 intercurrentes con otros procesos de IT por distintas patologías”, de 30 de abril de 2020, y con la “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”.

⁴⁷ Confrontar con art. 2.2 RD 625/2014, de 18 julio.

⁴⁸ Esta codificación se hace de acuerdo con la nota informativa de 6 de marzo de 2020 de la Unidad Técnica de codificación del Ministerio de Sanidad. Con posterioridad el Ministerio ha ido estableciendo sucesivos y diversos

Para CIE-10 ES:

- *Contacto o exposición:*

Z20.828: Contacto y exposición (sospechada) a otras enfermedades transmisibles virales contagiosas

víricas.

- *Infección:*

B34.2: Infección debida a coronavirus no especificada

Para CIE-9.MC:

- *Contacto o exposición:*

V01.79: Contacto/exposición a otras enfermedades víricas (Coronavirus diferentes a SARS Cov).

- *Infección:*

079.82: Infección por coronavirus asociado a SARS

d) La duración estimada para estos procesos de IT se fija entre 5 y 30 días naturales⁴⁹ y consecuentemente el primer parte de confirmación no deberá de exceder en más de siete días naturales a la fecha de baja inicial. Caso de que sean necesarios sucesivos partes, no podrán emitirse con una diferencia de más de catorce días naturales entre sí.

e) Se insiste en la necesidad del oportuno parte de baja para iniciar actuaciones que conduzcan al reconocimiento de la prestación económica por IT. Y por ello se hacen las siguientes indicaciones en relación con el mismo⁵⁰:

criterios de codificación (véase www.msbs.go.es). Por otro lado, la instrucción comentada prevé que todos los códigos sean admitidos por el INSS si tacha alguna de error a efectos de cumplimiento de objetivos en relación con los convenios sobre el control de IT suscritos con las CC.AA.

⁴⁹ Se consideran procesos de corta duración, art. 2.3 RD 625/2014, de 18 julio.

⁵⁰ Se toman en consideración las definiciones recogidas en el documento de procedimiento de actuación frente a casos de infección por el nuevo coronavirus (SARS-Cov-2) del Ministerio de Sanidad:

A) Contacto estrecho de casos posibles, probables o confirmados:

- Cualquier persona que haya proporcionado cuidados mientras el caso presentaba síntomas como pueden ser trabajadores sanitarios que no han utilizado las medidas de protección adecuadas, miembros familiares o personas que tengan otro tipo de contacto físico similar.

- Convivientes, familiares y personas que hayan estado en el mismo lugar que un caso mientras el caso presentaba síntomas a una distancia menor de 2 metros durante un tiempo de al menos 15 minutos.

No se hará un seguimiento activo de los contactos, únicamente se les indicará realizar cuarentena domiciliaria durante 14 días. Las autoridades sanitarias podrán valorar situaciones individuales que requieran otro tipo de recomendación. Si durante los 14 días posteriores a la exposición el contacto desarrollara síntomas y la situación clínica lo permite, deberá hacer autoaislamiento inmediato domiciliario y contactar con los servicios de atención primaria según se haya establecido en los protocolos de cada CCAA.

B) Caso confirmado: caso que cumple criterio de laboratorio (PCR de screening positiva y PCR de confirmación en un gen alternativo al de screening también positiva).

C) Caso probable: caso cuyos resultados de laboratorio para SARS-CoV-2 no son concluyentes.

D) Caso posible: caso con infección respiratoria aguda leve sin criterio para realizar test diagnóstico.

E) Caso descartado: caso cuyos resultados de laboratorio para SARS-CoV-2 son negativos. Es decir, ha tenido un proceso respiratorio de vías altas, pero se descarta COVID-19.

Aislamiento

Se considera que procede la emisión de parte de baja contactos estrechos de casos probables, posibles o confirmados⁵¹ procederá emitir el parte de baja al estar indicado el aislamiento preventivo domiciliario durante 14 días, siempre y cuando se trate de un trabajador que en las circunstancias de estado de alarma esté obligado a acudir a su centro de trabajo.

Enfermedad

Cuando se constate la enfermedad por los medios disponibles en el Servicio de Salud (historias clínicas), o cuando exista indicación de la autoridad sanitaria en caso de aislamiento, podrán ser emitidos los partes de baja y de confirmación en tanto sea necesario sin la presencia física de la persona trabajadora.

Procede emitir el parte de baja por enfermedad COVID-19 en los casos definidos por el Ministerio de Sanidad como confirmados, por lo que cuando el facultativo responsable de la emisión del parte de baja constate por cualquier medio clínico que el trabajador está impedido para el trabajo por presentar un cuadro clínico compatible con la enfermedad emitirá dicho parte y mantendrá el proceso de IT hasta la resolución del proceso y que proceda la reincorporación laboral.

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 deberá 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.

Sin embargo no procederá a cursarse baja alguna en los casos de trabajadores sin causa actual de IT por sus patologías previas que sean derivadas por las empresas o acudan ellas mismas a solicitar IT por temor al contagio de COVID-19, salvo que se trate de trabajadores/as especialmente sensibles al riesgo de SARS-CoV-2 (estado biológico conocido debido a patologías previas, medicación, trastornos inmunitarios o embarazo), y como tales, con informe del respectivo servicio de prevención de riesgos laborales, tal y como indica el Ministerio de Sanidad, quede acreditada la indicación de aislamiento por imposibilidad de reubicación en puesto exento de riesgo COVID 19 de manera individualizada.

El RD 625/2014, de 18 de julio y la Orden ESS/1187/2015, de 15 de junio, que regulan determinados aspectos de la gestión y control de los procesos de incapacidad temporal en los primeros trescientos sesenta y cinco días, que casan mal con las previsiones reseñadas y de aquí que hayan tenido que completarse o ser acompañadas de otras que acrediten la indicación de incapacidad y para ello se ha establecido un procedimiento de actuación de los servicios de Prevención de Riesgos Laborales frente a la exposición al SARS-Cov-2⁵².

⁵¹ Referido a cualquier persona que haya proporcionado cuidados mientras el caso presentaba síntomas: trabajadores sanitarios que no han utilizado las medidas de protección adecuadas, miembros familiares o personas que tengan otro tipo de contacto físico similar; convivientes, familiares y personas que hayan estado en el mismo lugar que un caso mientras el caso presentaba síntomas a una distancia menor de 2 metros durante un tiempo de al menos 15 minutos.

⁵² El último, actualizado a 21 de diciembre de 2020 (véase www.msbs.gob.es, consultada a 28 de diciembre de 2020) establece unas pautas de colaboración del servicio sanitario del servicio de prevención de riesgos laborales para que quede acreditada la indicación de incapacidad temporal con el fin de facilitar a los servicios de atención primaria o Mutuas colaboradoras su tramitación, en los siguientes términos:

- Los casos sospechosos o confirmados y los contactos estrechos de casos confirmados ocurridos en la empresa. Así como los casos confirmados para los que le sea requerido por la autoridad sanitaria.

3.2.2. *El art. 11 del RD-ley 7/2020, de 12 de marzo. Asimilación para el personal encuadrado en los Regímenes Especiales de los Funcionarios Públicos*⁵³

“En coherencia con lo establecido para los trabajadores encuadrados en el Régimen General de Seguridad Social por el Real Decreto-ley 6/2020, de 10 de marzo ...⁵⁴” –sic–, (más bien habría que decir subsanando el olvido del RD-ley 6/2020) y también con la finalidad proclamada de evitar la propagación de la enfermedad y mantener la protección social de la ciudadanía, se extiende en similares términos la protección prevista en el art. quinto del RD-ley 6/2020 al personal encuadrado en el régimen del mutualismo administrativo, considerando que los periodos de aislamiento o contagio como consecuencia del COVID-19 tendrán la consideración de situación asimilada a accidente de trabajo a efectos de la prestación económica por incapacidad temporal del correspondiente régimen especial de Seguridad Social.

3.2.3. *La ampliación de la protección por incapacidad temporal a las situaciones de confinamiento total*

El RD-ley 10/2020, de 29 de marzo⁵⁵, por el que se regulaba 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-19, se nos presenta con un objetivo prioritario limitar al máximo la movilidad y concretar los sectores de actividad a cuyas personas trabajadoras se excluye del disfrute obligatorio del permiso, como aquellos que tuvieren su contrato suspendido y aquellos otros que pudieran continuar prestando sus servicios a distancia.

A consecuencia de tales medidas, dos días después, se aprobará el RD-ley 11/2020, de 31 de marzo⁵⁶, cuya disposición adicional vigésimo primera normará una situación excepcional denominada “*incapacidad temporal por confinamiento total*”, motivada por la situación particular

- Las personas trabajadoras con especial sensibilidad en relación con la infección de coronavirus SARS-CoV-2, sin posibilidad de adaptación del puesto de trabajo, protección adecuada que evite el contagio o reubicación en otro puesto exento de riesgo de exposición al SARS-CoV-2.

En este caso, cuando se produzcan cambios en la evidencia científica disponible, en las condiciones de trabajo o en las medidas preventivas que hagan innecesaria la IT, el servicio de prevención debe reevaluar con los nuevos criterios o datos, los informes de indicación de IT emitidos que puedan verse afectados y facilitar su resultado, por la misma vía, a los servicios de atención primaria

Cuando se tenga conocimiento del periodo de aislamiento o de enfermedad con posterioridad al inicio del mismo, los partes de baja se emitirán con carácter retroactivo y sin la presencia física de la persona trabajadora. El servicio de prevención de riesgos laborales informará sobre las actuaciones anteriores a las personas afectadas, a la empresa y a los órganos de representación en materia de seguridad y salud, si los hubiera, guardando la debida confidencialidad, que deberá extremarse con la información relativa a los problemas de salud de las personas trabajadoras con especial sensibilidad. Además, informará de:

- La obligación del aislamiento preventivo o, en su caso, cuarentena.

- Que el parte de baja y los de confirmación serán emitidos sin la presencia física de la persona trabajadora. La persona interesada no debe ir a recoger los partes, puede recogerlos otra persona o utilizar otros medios disponibles para evitar desplazamientos.

- Que, aunque los partes de baja y alta serán emitidos por enfermedad común, el INSS realizará el procedimiento interno correspondiente para convertirlos en accidente de trabajo, a efectos de prestación económica.

- Las medidas y recomendaciones preventivas generales, sobre todo de higiene, de los lugares de trabajo.

⁵³ Publicado en el BOE de 13 de marzo 2020 y entrada el mismo día.

⁵⁴ Exposición de motivos del RD-ley 7/2020. Por otro lado, la cobertura del artículo quinto RD-ley 6/2020 alcanza también a los trabajadores por cuenta propia.

⁵⁵ Publicado en el BOE y en vigor desde 29 de marzo de 2020.

⁵⁶ En vigor desde el día 2 de abril de 2020. Poco duró esta situación, apenas una semana, ya que esta disposición adicional sería derogada por la disposición derogatoria única del RD-ley 13/2020, de 7 abril (que en el apartado siguiente se analizará).

en que se encuentran algunos municipios de España, que se encuentran en una situación de confinamiento agravada, en la que no se permiten los desplazamientos fuera del perímetro de estos municipios, ni actividad económica, más allá de aquellos servicios considerados esenciales, en la que los trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia, no pueden desplazarse hasta su lugar de trabajo fuera de este perímetro desde el día 12 de marzo⁵⁷, y por ello se entiende oportuno *“adoptar una medida que aclare cómo aplicar la prestación por Incapacidad Temporal en los términos previstos en el Real Decreto-ley 6/2020”*, lo que se hace en los siguientes términos:

a) Dirigido a trabajadores obligados a desplazarse de localidad y tengan obligación de prestar los servicios esenciales a los que se refiere el Real Decreto-ley 10/2020, siempre que se haya acordado el confinamiento de la población donde tenga su domicilio y le haya sido denegada de forma expresa la posibilidad de desplazarse por la autoridad competente.

b) Que no puedan realizar su trabajo de forma telemática por causas no imputables a la empresa para la que presta sus servicios o al propio trabajador y no tenga derecho a percibir ninguna otra prestación pública. Sobre este último condicionamiento, en los términos que se fija, tal restricción o incompatibilidad tan amplia daba lugar a que no se pudiera acceder al mismo si se estaba percibiendo otra prestación compatible con el trabajo (por ejemplo, una pensión de incapacidad permanente o una pensión o prestación de supervivencia).

c) La acreditación del acuerdo de confinamiento de la población donde tiene el domicilio y la denegación de la posibilidad de desplazamiento se realizará mediante certificación expedida por el ayuntamiento del domicilio ante el correspondiente órgano del servicio público de salud.

d) La imposibilidad de realización del trabajo de forma telemática se acreditará mediante una certificación de la empresa o una declaración responsable en el caso de los trabajadores por cuenta propia ante el mismo órgano del servicio público de salud.

e) Se extenderá el correspondiente parte de baja.

Dos aspectos que tener en cuenta:

- La medida dispuesta por la DF. 1.^a se aplicaba con carácter retroactivo (desde el inicio de la situación de confinamiento) pero iba dirigida solamente a los trabajadores con obligación de prestar servicios esenciales a los que se refería el RD-ley 10/2020⁵⁸, pero no a otros que debiendo ir a trabajar no hayan podido, que tendrán que esperar para su cobertura a la reforma del artículo quinto del RD-Ley 6/2020 por la Disposición final del RD-ley 13/2020 (que más adelante se analizará).

- No se normó situación similar para las personas incluidas en los Regímenes Especiales de los Funcionarios Públicos.

3.2.4. Las sucesivas reformas del artículo quinto del RD-ley 6/2020

A) La reforma introducida por la disposición final 1 del RD-ley 13/2020, de 7 de abril⁵⁹.

Las novedades que se incorporan a la nueva redacción del art. Quinto del RD-ley 6/2020, son las siguientes:

⁵⁷ Exposición de motivos del RD-ley 11/2020.

⁵⁸ Véase el anexo a dicho RD-ley 10/2020, de 29 de marzo.

⁵⁹ En vigor desde 9 abril hasta el 4 de agosto de 2020.

a) Se modifica su rúbrica, incluyendo ahora la referencia a las situaciones de “... restricción en las salidas del municipio donde tengan el domicilio de las personas trabajadoras como consecuencia del virus COVID-19”.

b) La novedad más importante será incluir como situación asimilada a accidente de trabajo las restricciones de desplazamiento en la salida del municipio donde tenga su domicilio la persona trabajadora como consecuencia del virus en los siguientes términos:

- Cuando el trabajador se vea obligado a desplazarse de localidad para prestar servicios en actividades no afectadas por el RD 463/2020, de 14 de marzo (relativo a la declaración del estado de alarma).

- Que la autoridad competente haya acordado restringir la salida de personas del municipio donde dichos trabajadores tengan su domicilio y les haya sido denegada de forma expresa la posibilidad de desplazarse por la autoridad competente.

- Que no puedan realizar su trabajo de forma telemática por causas no imputables a la empresa para la que prestan sus servicios o al propio trabajador y no tengan derecho a percibir ninguna otra prestación pública.

- La acreditación del acuerdo de restricción de la población donde se tiene el domicilio y la denegación de la posibilidad de desplazamiento se realizará mediante certificación expedida por el ayuntamiento del domicilio ante el correspondiente órgano del servicio público de salud.

- La imposibilidad de realización del trabajo de forma telemática se acreditará mediante una certificación de la empresa o una declaración responsable en el caso de los trabajadores por cuenta propia ante el mismo órgano del servicio público de salud.

- Los efectos de la situación será desde el inicio de la restricción de salida del municipio donde tenga su domicilio el trabajador.

c) Se mantiene como situación excepcional de situación asimilada al de accidente de trabajo los períodos de aislamiento y contagio.

d) La duración de la prestación estará determinada por el parte de baja y alta, alcanzando también a las situaciones de restricciones en el desplazamiento.

Respecto de las limitaciones o restricciones a los desplazamientos, el apartado 2 párrafo segundo del nuevo artículo quinto, señala que:

- En caso de trabajadores por cuenta ajena a los que se refiere el artículo 1 del Real Decreto-ley 10/2020, de 29 de marzo⁶⁰ se expedirá un parte de baja con efectos desde la fecha de inicio de la restricción y un parte de alta con efectos de 29 de marzo de 2020.

- Respecto a los trabajadores por cuenta propia el derecho a la prestación comenzará con el parte de baja desde la fecha de inicio de la restricción y durará hasta la fecha de finalización de la misma.

e) Tanto el trabajador por cuenta ajena como propia deberá de encontrarse en situación de alta en cualquiera de los regímenes que integran el sistema de Seguridad Social.

⁶⁰ Dicho RD-ley regulaba 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-19.

f) La fecha del hecho causante será aquella en la que se acuerde el aislamiento, restricción o enfermedad del trabajador, con independencia de que la baja se expida posteriormente.

g) La prestación será compatible con cualquier otra prestación de Seguridad Social que viñere percibiendo y fuera compatible con la actividad desarrollada. Se salva pues la absurda incompatibilidad total que establecía la DA. 21.^a del RD-ley 11/2020.

Un aspecto a tener en cuenta, confinamiento y restricciones en la movilidad, no son realmente lo mismo. El confinamiento en su sentido estricto va más allá de restringir los desplazamientos, ya que limita la actividad del ciudadano hasta extremos de solo poder salir de su domicilio para determinadas y concretas actividades (salir a trabajar, ir al médico, adquisición de alimentos y poco más) y las restricciones en los desplazamientos están haciendo referencia a limitaciones en los desplazamientos de tipo perimetral, sin que afecten –en general– a las actividades que se pueden realizar. Por otro lado, tampoco se dice nada sobre los sujetos incluidos en los Regímenes Especiales de Funcionarios Públicos, que puede obviamente también verse afectados por las limitaciones en los desplazamientos.

B) La modificación introducida por la Disposición Final 10.^a del RD-ley 27/2020, de 4 agosto⁶¹.

Básicamente, las novedades de la nueva redacción del artículo quinto del RD-ley 6/2020, se concretarán en los siguientes aspectos⁶²:

a) Apartado 1. En relación con la acreditación por parte del trabajador por cuenta ajena (relativo las restricciones de desplazamientos) de su domicilio, del municipio donde se encuentra el centro de trabajo y que por parte de la empresa no se ha procedido al cierre del centro de trabajo.

b) Apartado 2. Una precisión respecto a las restricciones en los desplazamientos de personas a las que se refiere el art. 1 del RD-ley 10/2020, en relación con que tales limitaciones se hayan podido acordar antes de la entrada en vigor del RD 463/2020, de 14 marzo.

c) Apartado 2. Se declara incompatible la prestación de incapacidad temporal con los salarios percibidos, así como cualquier otra prestación económica de la Seguridad Social, incluida la incapacidad temporal por contingencias comunes o profesionales. En tales términos significa nuevamente volver al absurdo de incompatibilizar el subsidio con prestaciones que con carácter general son compatibles con el trabajo (por ejemplo: una pensión de viudedad, de incapacidad permanente, etc.).

Tampoco se hace mención alguna a los sujetos incluidos en los Regímenes Especiales de Empleados Públicos.

C) La reforma introducida por la Disposición Final 10.^a del RD-ley 28/2020, de 23 de septiembre.

En realidad, lo que hace este RD-ley 28/2020⁶³, es recuperar la redacción dada al artículo quinto del RD-ley 6/2020 por el RD-ley 27/2020, que había sido derogado por la Resolución de 10 de septiembre de 2020 que publicó el Acuerdo del Congreso de los Diputados en tal sentido.

⁶¹ Entró en vigor el 5 de agosto. Fue derogado por Resolución del Congreso de los Diputados de 10 de septiembre de 2020, publicada en BOE de 11 de septiembre.

⁶² Por otro lado, es de interés también su Disposición Adicional 8.^a que prorrogará el art. 9 del RD-ley 19/2020, de 26 mayo, en el sentido de La consideración como contingencia profesional derivada de accidente de trabajo de las enfermedades padecidas por el personal que presta servicio en centros sanitarios o socio-sanitarios como consecuencia del contagio del virus SARS-CoV2, se aplicará, a los contagios del virus SARS-CoV2 producidos desde el 1 de agosto de 2020 hasta que las autoridades sanitarias levanten todas las medidas de prevención adoptadas para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, acreditando el contagio mediante el correspondiente parte de accidente de trabajo que deberá haberse expedido dentro del mismo periodo de referencia.

⁶³ Publicado en BOE de 23 de septiembre y en vigor según lo previsto en su disposición final decimocuarta con carácter general desde 13 octubre de 2020, salvo por lo que respecta a "... las disposiciones adicionales tercera,

Adviértase, lo siguiente: desde 11 de septiembre a 23 de septiembre, las previsiones en este sentido quedaron “en blanco”. Se podría entender, que, pese a ello, la cobertura quedaba garantizada a tenor de las previsiones del apartado 2 y 3 de la nueva redacción del artículo quinto del RD-ley 6/2020 que permiten incluso tomar en consideración las situaciones anteriores a 14 de marzo de 2020 y que fijan como fecha del hecho causante aquella en la que se acuerde el aislamiento, restricción o enfermedad del trabajador, incluso aunque el pate de baja se expida con posterioridad a la misma.

3.2.5. La consideración singular del personal sanitario afectado por el COVID-19

El art. 9 del RD-ley 19/2020, 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, procederá al reconocimiento como accidente de trabajo de las prestaciones de Seguridad Social que cause el personal que presta servicios en centros sanitarios o socio-sanitarios y que, en el ejercicio de su profesión, hayan contraído COVID-19, durante cualquiera de las fases de la pandemia, por haber estado expuesto a ese riesgo específico durante la prestación de servicios sanitarios y socio-sanitarios. Tal consideración como accidente de trabajo los será en los siguientes términos:

a) Afecta al personal que preste servicios sanitarios o socio-sanitarios⁶⁴ inscritos en los registros correspondientes⁶⁵.

cuarta, quinta y sexta, la disposición transitoria cuarta, así como las disposiciones finales cuarta, quinta, octava, novena, décima, undécima y duodécima entrarán en vigor el mismo día de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

⁶⁴ A tenor del art. 12.2 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del sistema Nacional de Salud: En el ámbito sanitario, la atención socio sanitaria comprenderá, en cualquier caso:

- a) Los cuidados sanitarios de larga duración.
- b) La atención sanitaria a la convalecencia.
- c) La rehabilitación en pacientes con déficit funcional recuperable.

Confróntese con el apartado 1 letras b), c) y d) del criterio de gestión 22/2020, de 18 de noviembre, de la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica, sobre contingencia de la que derivan las prestaciones ocasionadas por el contagio del virus SARS-CoV2. Personal sanitario, que señala:

b) No se consideran derivas de accidente de trabajo las prestaciones del sistema de la Seguridad Social causadas por el personal que trabajando en centros sanitarios o socio-sanitarios desempeñe otras funciones distintas a la prestación de servicios sanitarios y socio-sanitarios (a título de ejemplo se puede mencionar: el personal administrativo, el personal de limpieza, celadores, etc.)

c) Tampoco se consideran derivadas de accidente de trabajo las prestaciones del sistema de la Seguridad Social causadas por el personal que presta

d) Si se consideran derivadas de accidente de trabajo las prestaciones causadas por el personal que presta servicios sanitarios o socio-sanitarios tanto en centros sanitarios o socio-sanitarios como fuera de dichos centros”.

⁶⁵ Sobre la autorizaciones e inscripción en registros véanse: el art. 29 Ley 33/2011, General de Salud Pública el art. 27.3 Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del sistema Nacional de Salud; el art. 29.1 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad; el art. 4 del RD 1030/2006, de 15 de septiembre, sobre la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización; el RD 1277/2003, de 10 de octubre, por el que se establecen las bases generales sobre autorización de centros y establecimientos sanitarios y Orden SCO/3866/2007, de 18 diciembre, por el que se establece el contenido y la estructura del Registro General de centros, servicios y establecimientos sanitarios del Ministerio de Sanidad y Consumo. Las CC.AA. tienen también su propia normativa que debe consultarse.

Sobre la consideración de centro sanitarios o socio-sanitarios véase también el apartado 1.2 de criterio de gestión 22/2020, de 18 de noviembre, de la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica, sobre contingencia de la que derivan las prestaciones ocasionadas por el contagio del virus SARS-CoV2. Personal sanitario, que señala:

“Cabe considerar centros sanitarios o socio-sanitarios únicamente a los centros dedicados a actividades comprendidas en la sección Q (“actividades sanitarias y de servicios sociales”) de la CNAE, si bien solo las que se

b) El virus se debe haber contraído en el ejercicio de su profesión en cualquiera de las fases de la epidemia, por haber estado expuesto a este riesgo específico durante la prestación de servicios sanitarios o socio-sanitarios. Se consideran, en consecuencia, cumplidos los requisitos exigidos en el art. 156.2.e) LGSS.

c) Acreditarse tal exposición por los servicios de Prevención y Riesgos Laborales y Salud Laboral⁶⁶.

d) Se extiende a todas las prestaciones de la Seguridad Social⁶⁷.

e) En los casos en que se produzca un fallecimiento, se considerara que la causa es accidente de trabajo, entendiéndose cumplido lo dispuesto en el art. 217.2 LGSS.

f) Tiene un ámbito temporal concreto: contagios producidos hasta el mes posterior a la finalización del estado de alarma⁶⁸, lo que se acreditará con el correspondiente parte de accidente

enumeran en la División 86 (“actividades sanitarias”) y dentro de la 87 solo los del grupo 87.1 (“Asistencia en establecimientos residenciales con cuidados sanitarios”).

Quedan excluidos los centros dedicados al resto de actividades relacionadas en la indicada sección Q, así como otros tipos de centros (por ejemplo, los dedicados a pompas fúnebres y actividades relacionadas, CNAE 9603, o al comercio al por menor de productos farmacéuticos en establecimientos especializados, CNAE 4773, que se incluyen en secciones distintas de la sección Q).”

⁶⁶ Véase el Procedimiento de actuación para los servicios de prevención de riesgos laborales frente a la exposición al SARS-CoV-2 de 21 de diciembre de 2020 (www.msccbs.gob.es, consultado en 28 de diciembre de 2020). A partir de 28 de mayo de 2020 la emisión de los partes de baja y alta se realizará por la entidad colaboradora de la Seguridad Social que corresponda (obviamente, salvo que los riesgos profesionales estuvieren bajo la cobertura del INSS).

⁶⁷ En cuanto a la asistencia sanitaria en los supuestos de recaída, téngase en cuenta lo dispuesto en la disposición transitoria tercera del RD-ley 19/2020 que establece que:

“La asistencia sanitaria prestada a los trabajadores protegidos en el artículo 9 durante la declaración del estado de alarma que, hasta la fecha de entrada en vigor de esta norma, se ha venido considerando como derivada de contingencia común, mantendrá dicha calificación.

No obstante, una vez reconocida la contingencia profesional de la prestación en los términos del artículo 9 la asistencia sanitaria, derivada de la recaída como consecuencia del contagio del virus SARS-CoV2 durante el estado de alarma, tendrá la naturaleza de contingencia profesional”.

El criterio de criterio de gestión 22/2020, de 18 de noviembre, de la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica, sobre contingencia de la que derivan las prestaciones ocasionadas por el contagio del virus SARS-CoV2. Personal sanitario, entiende (apartado 3.2) que la previsión de la disposición transitoria incluye todas las recaídas que puedan suceder después de la entrada en vigor del real decreto-ley debidas al contagio del citado virus, pero en ningún caso permite considerar que la asistencia sanitaria anterior y recaídas anteriores a la entrada en vigor del Real Decreto-ley 19/2020 derivan de contingencia profesional.

⁶⁸ La primera declaración de estado de alarma en 2020 se produjo por RD 463/2020, de 14 de marzo, entrando en vigor el mismo día y finalizando, tras sucesivas prórrogas, en 21 de junio. Por su parte, la DA. 8.ª del RD-ley 27/2020, de 4 de agosto, dispuso la prórroga de este artículo 9 en los siguientes términos: *“La consideración como contingencia profesional derivada de accidente de trabajo de las enfermedades padecidas por el personal que presta servicio en centros sanitarios o socio-sanitarios como consecuencia del contagio del virus SARS-CoV2, se aplicará, a los contagios del virus SARS-CoV2 producidos desde el 1 de agosto de 2020 hasta que las autoridades sanitarias levanten todas las medidas de prevención adoptadas para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, acreditando el contagio mediante el correspondiente parte de accidente de trabajo que deberá haberse expedido dentro del mismo periodo de referencia”.* Esta prórroga quedaría sin efecto por Resolución de 10 de septiembre de 2020 que publica el Acuerdo del Congreso de los Diputados por el que se deroga el RD-ley 27/2020.

El segundo estado de alarma en 2020 se declaró por RD 926/2020, de 25 de octubre, entrando en vigor el 25 de octubre.

Para el caso de que el contagio haya tenido lugar fuera de los límites temporales establecidos en el apartado 1 de la disposición adicional cuarta del RD-ley 28/2020, de 10 de marzo, véase también el apartado 2.3 de criterio de gestión 22/2020, de 18 de noviembre, de la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica, sobre

de trabajo. En caso de fallecimiento, se considerará que como causa de accidente de trabajo si el mismo se ha producido dentro de los cinco años siguientes al contagio y derivada de la misma⁶⁹.

g) El reconocimiento de la condición de accidente de trabajo también alcanza a las enfermedades padecidas como consecuencia del contagio del virus SARS-CoV2.

3.2.6. A modo de resumen

A tenor de lo noticiado anteriormente, la situación es la siguiente:

Para trabajadores por cuenta propia o ajena

A) Situación asimilada accidente de trabajo (únicamente para subsidio de incapacidad temporal).

a) Hasta 8 de abril de 2020

En situaciones de aislamiento o contagio (art. quinto RD-ley 6/2020); y confinamiento total (DA. 21 del RD-ley 11/2020).

b) A partir de 9 de abril de 2020

En situaciones de aislamiento, contagio y restricción en los desplazamientos (artículo quinto del RD-ley 6/2020, en la redacción dada al mismo por la DF. Primera del RD-ley 13/2020)

B) Situación derivada de accidente de trabajo a todos los efectos (a partir de 9 abril de 2020).

En caso de contagio de la enfermedad con causa exclusiva en la realización del trabajo en los términos previstos en el art. 156.2 e) LGSS. En realidad, no era necesaria esta previsión o reconocimiento expreso por la norma.

C) Situación derivada de accidente de trabajo a todos los efectos para el personal sanitario y socio-sanitario (a partir de 28 de mayo de 2020).

De conformidad con lo dispuesto en el art. 9 del RD-ley 19/2020, de forma expresa (aunque quizás innecesariamente), las enfermedades padecidas por el personal que presta servicios en centros sanitarios o socio-sanitarios como consecuencia de contagio durante el estado de alarma, que en el ejercicio de su profesión contraigan el virus SARS-CoV2 durante cualquiera de las fases de la epidemia, por haber estado expuesto a ese riesgo específico durante la prestación de servicios sanitarios y socio-sanitarios, cuando así se acredite por los servicios de Prevención de Riesgos laborales y Salud Laboral, se considerarán derivadas de accidente de

contingencia de la que derivan las prestaciones ocasionadas por el contagio del virus SARS-CoV2. Personal sanitario, que señala:

a) A los exclusivos efectos de la prestación económica de incapacidad temporal, será de aplicación lo previsto en el primer párrafo del artículo 5.1 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, por lo que el contagio se considerará, con carácter excepcional, como situación asimilada a accidente de trabajo, 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 TRLGSS.

b) Respecto del resto de prestaciones causadas por el personal de referencia como consecuencia de los contagios producidos fuera de los límites temporales previstos en la disposición adicional cuarta del Real Decreto-ley 28/2020 se consideran derivadas de enfermedad común, excepto en aquellos casos en que se pruebe que la enfermedad tuvo por causa exclusiva la ejecución de su trabajo, según previene el apartado 2.e) del artículo 156 del TRLGSS, habiéndose emitido a tal efecto el correspondiente parte de baja por accidente de trabajo.

⁶⁹ Véase art. 217.2 LGSS.

trabajo, al entender cumplidos los requisitos exigidos en el artículo 156.2.e) del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre.

Para el personal encuadrado en los Regímenes Especiales de Funcionarios Públicos

Desde 13 de marzo de 2020 se dispone la consideración excepcional como situación asimilada a accidente de trabajo de los periodos de aislamiento o contagio del personal encuadrado en los Regímenes Especiales de los Funcionarios Públicos como consecuencia del virus COVID-19, si bien solamente para el subsidio económico de incapacidad temporal (art. 11 del RD-ley 7/2020).

3.3. Una valoración crítica de esta asimilación o cobertura singular

Valoraciones positivas de esta medida excepcional las hay. Y así, se llega a decir de la misma que se trata de *“Una solución inteligente que permite proyectar, entre otros efectos, el acervo garantista y de tutela que lleva consigo la calificación como contingencia profesional pero mantener su dimensión sanitaria en la esfera de los Servicios Públicos de Salud...”*⁷⁰, pero también tiene sus “sombras” esta equiparación o asimilación⁷¹.

⁷⁰ MERCADER UGUINA, J. R.: “La prestación excepcional por incapacidad temporal como consecuencia del virus COVID-19: una excelente respuesta de la Seguridad Social”, en *COVID-19. Reflexiones de la Sociedad Civil*, Fundación FIDE, disponible en:

https://www.fidefundacion.es/La-prestacion-excepcional-por-incapacidad-temporal-como-consecuencia-del-virus-Covid-19-una-excelente-respuesta-de-la_a1242.html (consultado en 22 diciembre 2020).

⁷¹ La relevancia de la incidencia de los procesos de incapacidad temporal derivados de COVID-19 (sin información de los imputables a restricciones en los desplazamientos, aislamiento y enfermedad) son los siguientes: datos agregados del sistema acumulado al mes de septiembre de 2020, fuente INSS, se pueden examinar en <http://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/EstadisticasPresupuestosEstudios/> (consultado en 28 de diciembre de 2020).

Autonomía	Duración media de los procesos finalizados en el periodo	Incidencia media mensual por cada mil trabajadores protegidos	Número de procesos iniciados en el periodo	Prevalencia por cada mil trabajadores protegidos	Número de procesos en vigor al final del periodo considerado	Trabajadores protegidos al final del periodo considerado
ANDALUCÍA	18,26	6,91	121.457	4,52	11.346	2.508.264
ARAGÓN	16,44	15,59	60.538	7,18	4.002	557.708
ASTURIAS	19,31	6,86	16.429	3,76	1.303	346.206
BALEARES	14,63	10,79	35.635	3,55	1.736	489.538
CANARIAS	16,91	6,78	36.063	3,91	2.993	765.391
CANTABRIA	18,11	10,78	15.710	4,55	963	211.441
CASTILLA Y LEÓN	19,11	10,98	63.188	7,47	6.232	834.095
CASTILLA-LA MANCHA	19,62	14,78	69.953	9,15	6.359	695.037
CATALUNYA	19,47	13,89	319.126	7,31	24.025	3.286.924
EXTREMADURA	17,59	6,58	13.975	6,03	1.865	309.114
GALICIA	20,98	5,72	36.712	3,96	3.661	925.286
MADRID	21,11	16,05	330.327	9,58	28.165	2.941.008
MURCIA	15,27	13,34	52.895	11,60	6.542	564.123
NAVARRA	15,57	18,48	34.641	11,00	2.989	271.773
LA RIOJA	17,41	15,88	13.896	6,85	881	128.691
PAÍS VASCO	17,09	16,95	103.618	7,14	6.272	877.915
VALENCIA	20,14	8,74	109.950	4,30	7.833	1.820.345
CEUTA	22,62	8,98	1.291	17,79	351	19.731
MELILLA	12,95	10,20	1.378	9,19	180	19.585
Total	19,03	11,76	1.436.782	6,70	117.698	17.572.175

Realmente, la asimilación a accidente de trabajo, a los solos efectos de la prestación económica de incapacidad temporal, tiene unas motivaciones claras, aunque no se digan expresamente:

- Facilitar el acceso a una protección a cargo del sistema, pues si se considerara como la situación procedente de enfermedad común, podría dejar fuera cobertura muchos afectados, por ejemplo: aquellos que no alcancen a cubrir el período mínimo de cotización exigible⁷².

Por otro lado, hay un aspecto que no queda claro en esta asimilación. Se trata de saber si al trabajador se le va a exigir que reúna los requisitos generales de acceso a la protección contributiva del sistema, es decir, estar afiliado y en alta al momento del hecho causante⁷³. O bien, dada la asimilación, caso de que pese a estar trabajando se hayan incumplido los deberes empresariales de afiliación y alta, el trabajador ¿será considerado de alta de pleno derecho⁷⁴ y se podrán en marcha los mecanismos de responsabilidad empresarial previstos en la LGSS⁷⁵? Téngase en cuenta que, si se considerara como enfermedad común y el trabajador no se encuentra en alta debido a incumplimientos empresariales, la situación de alta de pleno derecho no sería aplicable, ni tampoco el principio de automaticidad de las prestaciones, ni de subsidiariedad de la Seguridad Social⁷⁶ y cabría una posible desprotección del trabajador en caso de insolvencia empresarial. Por otro lado, parece una obviedad, que el trabajador protegido por esta asimilación tiene que encontrarse en alta real y efectiva prestación de servicios y no en situación asimilada alta⁷⁷, no tendría mucho sentido otro entendimiento. No obstante, las situaciones que se podrían plantear son numerosas, por señalar una, piénsese en el caso de quien se encuentre en situación de desempleo subsidiado ¿procedería aplicar las previsiones de “desempleo-IT”⁷⁸ ya que si está en aislamiento o tiene restringido el desplazamiento no estaría en condiciones de aceptar una oferta de empleo en dicha situación.

Tampoco queda claro cómo actuar en otras situaciones de alta sin realizar actividad alguna, si ello les afecta o no.

- Una mejora cuantitativa en la prestación, pues se abonaría desde el día siguiente a la baja, sobre base reguladora de cotización de accidente de trabajo (incluirla lo percibido por horas extraordinarias) y en porcentaje del 75% que si fuera por enfermedad común el subsidio se iniciaría al cuarto día, sobre base reguladora de contingencias comunes y en porcentaje inicial del 60% que solo alcanzaría el 75% al vigésimo primer día de la baja⁷⁹.

- Evitar “cargar” al empresario con el coste de abonar la prestación desde los días 4 a 15 de la baja⁸⁰.

Dicho lo anterior, no parece que tenga mucha justificación, que una situación de confinamiento o restricción en la movilidad tenga que dar lugar a una baja por incapacidad temporal asimilada accidente de trabajo. Con ello se quiebra la naturaleza de la situación de incapacidad temporal, que no es otra que la existencia constatada de una alteración en la salud de una persona, que impide el trabajo de forma temporal “... mientras que el trabajador reciba asistencia sanitaria de la Seguridad Social ...”⁸¹.

⁷² Arts. 169.4 y 172. 1 a) LGSS.

⁷³ Art. 165.1 LGSS.

⁷⁴ Art. 166.4 LGSS.

⁷⁵ Art. 167 LGSS y arts. 94 a 96 de la Ley de Seguridad Social de 1966.

⁷⁶ Véase art. 95 Ley de Seguridad Social de 1966.

⁷⁷ Véase art. 166 LGSS y art. 36 RD 84/1986, de 26 de enero.

⁷⁸ Véase art. 283.2 LGSS.

⁷⁹ Véase art. 2 del D. 3158/1966, de 23 de diciembre, art. 2 y 8 O. 13 octubre de 1967 y RD 53/1980, de 11 de enero.

⁸⁰ Art. 173.1 LGSS

⁸¹ Art. 169.1 LGSS.

Por lo que respecta a las situaciones de aislamiento, la duda acerca de la idoneidad de la asimilación accidente de trabajo, es la realidad o no de la imposibilidad de poder seguir trabajando a distancia y su eficaz control.

Estas dos situaciones quizás hubieran encontrado un acomodo más razonable dentro de la protección por desempleo, puesto que en realidad se tratan de situaciones en que una persona que quiere y puede trabajar ve impedido la prestación de servicios⁸². Y por otro lado no deja de ser un gasto impropio para el sistema de Seguridad Social derivado de una opción política y cuya financiación debería de repercutir en los Presupuestos Generales del Estado.

En cuanto a las situaciones de enfermedad constatada –sin necesidad de acreditar relación alguna con el trabajo desempeñado– se ha optado por la asimilación en su cobertura accidente de trabajo a los solos efectos de la prestación económica de incapacidad temporal. Se favorece la protección social del trabajador evitando exigirle el requisito de cotización mínima y al mismo tiempo se le ofrece una sobreprotección al asimilarla a riesgo profesional, tampoco se comparte esto último.

Por otro lado, en relación con la declaración expresa de que si se considere accidente de trabajo a todos los efectos en caso de que el contagio se haya contraído con causa exclusiva en el trabajo, era una obviedad e innecesaria, puesto que la situación ya está prevista expresamente en el art. 156.2.e) LGSS. Es más, se olvida que hay otras posibilidades como son las recogidas en las letras f) y g) de dicho precepto.

Sobre la consideración como contingencia profesional derivada de accidente de trabajo de las enfermedades padecidas por el personal que presta servicios en centros sanitarios o socio-sanitarios como consecuencia del contagio del virus SARS-CoV2 durante el estado de alarma, se podría plantear ¿Qué efectos reales tiene? Si comparamos la redacción del art. 156.2. letra e) de la LGSS y el art. 9.1 del RD-ley 19/2020, se puede apreciar lo siguiente:

ART. 156. 2 e) LGSS	Art. 9 .1 RD-ley 19/2020
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.	Las prestaciones de Seguridad Social que cause el personal que presta servicios en centros sanitarios o socio-sanitarios, inscritos en los registros correspondientes, y que en el ejercicio de su profesión, hayan contraído el virus SARS-CoV2 durante cualquiera de las fases de la epidemia, por haber estado expuesto a ese riesgo específico durante la prestación de servicios sanitarios y socio-sanitarios, cuando así se acredite por los servicios de Prevención de Riesgos laborales y Salud Laboral, se considerarán derivadas de accidente de trabajo, al entender cumplidos los requisitos exigidos en el artículo 156.2.e) del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre.

⁸² Recuérdese lo dispuesto en el art.282.1 LGSS.

Estamos ante una aparente mejora en la posición del personal que presta servicios en centros sanitarios o socio-sanitarios respecto a otros trabajadores que pudieran haberse visto afectados por la enfermedad. Ya que parece que no se les exigirá una prueba de que la enfermedad adquirida tuvo su causa exclusiva con el trabajo, siendo suficiente acreditar que en su actividad han estado expuestos a ella. Sin embargo, no debe olvidarse que el art. 9.1 del RD-ley 19/2020, precisa que la enfermedad debe haberse adquirido “en ejercicio de su profesión”. Con independencia de que la medida pueda ser valorada positivamente, lo cierto es que, en relación con el art. 156.2 e) LGSS:

- Tiene ámbito subjetivo indefinido pero limitado. El número 1 del art. 9 del RD-ley 9/2020, señala que “*Las prestaciones de Seguridad Social que cause el personal que presta servicios en centro sanitarios o socio-sanitarios...*”, sin limitaciones aparentes en cuanto al personal que puede beneficiarse de estas medidas. La cuestión que surge a continuación es si eso es comprensivo de todo el personal o bien queda limitado. Parece que la limitación viene determinada por aquel personal que preste servicios en situaciones o servicios en que puede haber una exposición al virus y aquí surgirá entonces el problema de quién determinará que personal queda sujeto a contacto y que intensidad en el mismo cabrá exigir. En definitiva, podrán quedar fuera de esta consideración el personal asistencial o no asistencial con riesgo bajo de exposición y el personal de baja probabilidad de exposición, teniendo ellos que acreditar que la causa exclusiva de la enfermedad ha sido el trabajo. Y aquí entonces la controversia surgirá cuando nos encontremos ante uno u otros⁸³.

⁸³ Véase el Procedimiento de actuación para los servicios de prevención de riesgos laborales frente a la exposición al SARS-CoV-2 por el Ministerio de Sanidad. Se reproduce a continuación la tabla 1 del apartado 2 del protocolo según las sucesivas actualizaciones en 8 de junio, 7 de octubre y 21 de diciembre de 2020. En letra negrita la novedad y tachado lo eliminado de unos a otros protocolos se pueden ver las notables diferencias entre los dos primeros protocolos y el último:

EXPOSICIÓN AL RIESGO	EXPOSICIÓN DE BAJO RIESGO	BAJA PROBABILIDAD DE EXPOSICIÓN
Protocolo a 8 de junio de 2020		
Personal sanitario asistencial y no asistencial que atiende a un caso sospechoso o confirmado de COVID-19 Técnicos de transporte sanitario, si hay contacto directo con un caso sospechoso o confirmado de COVID-19 trasladado Situaciones en la que no se puede evitar un contacto estrecho en el trabajo con un caso sospechoso o confirmado de COVID-19	Personal sanitario cuya actividad laboral no incluye contacto estrecho con un caso sospechoso o confirmado de COVID-19, por ejemplo: acompañantes para traslado; celadores, camilleros, trabajadores de limpieza. Personal de laboratorio responsable de las pruebas de diagnóstico virológico. Personal sanitario que tenga contacto con material sanitario, fómites o desechos posiblemente contaminados. Ayuda a domicilio de contactos asintomáticos.	Trabajadores sin atención directa al público, o a más de dos metros de distancia, o con medidas de protección colectiva que evitan el contacto, por ejemplo: personal administrativo, técnicos de transporte sanitario con barrera colectiva, sin contacto con el paciente; conductores de transportes públicos con barrera colectiva; y personal de seguridad
Protocolo a 7 de octubre de 2020		
Igual	Igual	Igual
Protocolo a 21 de diciembre de 2020		
Personal sanitario asistencial y no asistencial que atiende a un caso sospechoso o confirmado de COVID-19. Situaciones en la que no se puede evitar un contacto estrecho en el trabajo con un caso sospechoso o confirmado de COVID-19	Personal asistencial y no asistencial que entra en zonas COVID, y cuyas tareas se realizan manteniendo la distancia de seguridad y si actuación directa sobre casos sospechosos o confirmados. Personal sanitario que tenga contacto con material sanitario, fómites o desechos posiblemente contaminados. Ayuda a domicilio de contactos asintomáticos.	Personal sanitario asistencial y no asistencial que desarrolla su actividad en áreas NO COVID con las medidas de prevención adecuadas. Trabajo no sanitario o no socio sanitario con probabilidad de contacto con casos COVID-19, manteniendo la distancia de seguridad y sin actuación directa sobre ellos.

- Un ámbito temporal concreto o limitado: hasta que las autoridades sanitarias no levanten todas las medidas de prevención adoptadas para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.

- Un medio de prueba restringido. Así lo parece al indicar en relación con la acreditación de haber estado expuesto a este riesgo específico "... cuando así lo acredite por los servicios de Prevención de Riesgos Laborales y Salud Laboral", con olvido que cualquier medio de prueba admisible en derecho bastaría para ello.

Por otro lado, este tratamiento singular para el personal que presta servicios en centros sanitario o socios-sanitarios se completa con una presunción de que en caso de se produzca la muerte de esa persona se considerará que la misma es imputable accidente de trabajo, si produce dentro de los cinco años siguientes al contagio, de conformidad con lo previsto en el art. 217.2 LGSS. La medida afectará a las muertes ocurridas en situación de incapacidad temporal o de incapacidad permanente en cualquiera de sus grados⁸⁴. Adviértase que por un lado amplía su aplicación a otras situaciones no previstas en el art. 217.2 LGSS, pero por otro lado limita su alcance a que la muerte tiene que ocurrir dentro de los cinco años siguientes al contagio, a diferencia de lo señalado en dicho precepto para los grados de incapacidad permanente absoluta y gran invalidez.

En el punto 2. Letra B (ut supra) ya se indicó que la consideración de que una determinada prestación tiene su causa en un riesgo profesional puede llevar consigo un plus penalizador sobre las prestaciones causadas a cargo del empresario cuando el accidente de trabajo o enfermedad profesional sea a consecuencia de la falta de equipos de trabajo o en instalaciones, centros o lugares de trabajo que carezcan de los medios de protección reglamentarios, los tengan inutilizados o en malas condiciones, o no se hayan observado las medidas generales o particulares de seguridad o salud en el trabajo, o la de adecuación personal a cada trabajo, teniendo en cuenta sus características y de edad, sexo y otras condiciones del trabajador.

4. DOS ASPECTOS QUE CONSIDERAR SOBRE LA CALIFICACIÓN DEL COVID-19 COMO ACCIDENTE DE TRABAJO

Dos cuestiones sobre las que poco o nada se habla sobre las consecuencias que puede tener, con todas las limitaciones antes señaladas, que el CORONAVIRUS-19 pueda considerarse como accidente de trabajo son: la viabilidad de la imposición o no de un recargo en las prestaciones Seguridad Social causadas al amparo del art. 164 de la LGSS; y, en segundo lugar, si cabría o no su reconocimiento como enfermedad profesional en lugar de accidente de trabajo.

4.1. El recargo en las prestaciones de la Seguridad Social

En el punto 2. Letra B de este estudio (ut supra) ya se indicó que la consideración de que una determinada prestación tiene su causa en un riesgo profesional puede llevar consigo un plus penalizador sobre las prestaciones causadas a cargo del empresario, cuando el accidente de trabajo o enfermedad profesional sea produzca por equipos de trabajo o en instalaciones, centros o lugares de trabajo que carezcan de los medios de protección reglamentarios, los tengan inutilizados o en malas condiciones, o no se hayan observado las medidas generales o particulares de seguridad o salud en el trabajo, o la de adecuación personal a cada trabajo, teniendo en cuenta sus características y de edad, sexo y otras condiciones del trabajador.

Y también por su interés confróntese con la Guía de Ayuda para la Valoración de Enfermedades Profesionales, elaborada por el INSS, tercera edición, véase la nota 108 de este estudio.

⁸⁴ El art. 217.2 LGSS distingue según el grado de incapacidad permanente reconocido. En los grados de absoluta o gran invalidez se reputarán fallecidos a consecuencia de accidente de trabajo cualquiera que sea el momento del fallecimiento, mientras que en el esto de grados la muerte debe probarse que ha sido debida al accidente y que esta ocurra dentro de los cinco años siguientes al mismo.

Hay un aspecto previo que merece la pena detenerse y es si dentro las condiciones para la aplicación de las previsiones del art. 164 de la LGSS cabe considerar las vulneraciones de las medidas elementales de salubridad, como son las disposiciones y medidas de sanidad y salud pública. Se dice esto porque del tenor literal del actual art. 164 LGSS no queda muy claro. Si comparamos la versión que tenía este precepto en el anterior texto refundido de la LGSS, podemos apreciar las siguientes diferencias:

Artículo 164.1 LGSS	Artículo 123.1 LGSS/1994
<p>“1. Todas las prestaciones económicas que tengan su causa en accidente de trabajo o enfermedad profesional se aumentarán, según la gravedad de la falta, de un 30 a un 50 por ciento, cuando la lesión se produzca por equipos de trabajo o en instalaciones, centros o lugares de trabajo que carezcan de los medios de protección reglamentarios, los tengan inutilizados o en malas condiciones, o cuando no se hayan observado las medidas generales o particulares de seguridad y salud en el trabajo, o las de adecuación personal a cada trabajo, habida cuenta de sus características y de la edad, sexo y demás condiciones del trabajador.</p>	<p>“1. Todas las prestaciones económicas que tengan su causa en accidente de trabajo o enfermedad profesional se aumentarán, según la gravedad de la falta, de un 30 a un 50 por 100, cuando la lesión se produzca por máquinas, artefactos o en instalaciones, centros o lugares de trabajo que carezcan de los dispositivos de precaución reglamentarios, los tengan inutilizados o en malas condiciones, o cuando no se hayan observado las medidas generales o particulares de seguridad e higiene en el trabajo, o las elementales de salubridad o las de adecuación personal a cada trabajo, habida cuenta de sus características y de la edad, sexo y demás condiciones del trabajador”.</p>

Lo cual podría llevarnos a pensar que el incumplimiento de las medidas de salubridad (medidas de sanidad y salud pública) no serían suficientes para la imposición de recargo en las prestaciones. O bien entender, que hubo un exceso en el último texto refundido y que la propia naturaleza y alcance de la refundición permiten entender que el incumplimiento de las mismas es motivo bastante para la imposición del recargo. La polémica está ahí.

El tema de la prevención de riesgos laborales durante la crisis sanitaria provocada por la pandemia no es una novedad. Son numerosos los pronunciamientos judiciales en torno a conflictos colectivos planteados por sindicatos, fundamentalmente, en el ámbito de los servicios sanitarios y sociales en los que se denunciaba la vulneración de los derechos de los trabajadores públicos en materia de prevención de riesgos laborales, al poner en riesgo grave su vida, integridad física y salud, y lesionando su derecho a la integridad física y a la protección de la salud ya que las administraciones demandadas no proporcionaban a los empleados públicos sanitarios, los equipos de protección individual adecuados por riesgos de exposición ante el agente biológico virus SARS-CoV-2 y el riesgo de contagio o infección desarrollando la enfermedad COVID-19. Los fallos judiciales han venido en unos casos reconociendo las denuncias formuladas y condenando a las Administraciones empleadoras demandadas al restablecimiento de los derechos vulnerados, y a proporcionar a determinados empleados públicos sanitarios en todos los centros sanitarios, unidades sanitarias, centros socio-sanitarios o sociales, públicos, concertados y privados intervenidos, dirigidos o coordinados por la administración, los equipos de protección individual adecuados por riesgos de exposición ante el agente biológico virus SARS-CoV-2 y el riesgo de contagio o infección desarrollando la enfermedad COVID-19, **en el momento que disponga de ellos**, consistentes en:- protección respiratoria (“mascarillas”) con eficacia de filtración FFP2 o FFP3; protección ocular anti-salpicaduras, o de montura integral o un protector facial completo; guantes; gorros; calzas específicas; hidrogel o hidro-alcohol biocida; y contenedores de residuos, de diversos tamaños; y a reponerlos cuando sea necesario,

previa evaluación individual del riesgo⁸⁵. En otros casos, la estimación del conflicto es parcial y limitado a determinados medidas⁸⁶. Y también nos podemos encontrar con resoluciones desestimatoria de conflicto, pero reconociendo que ha existido un periodo de tiempo en que en lo relativo a la dotación de EPIS la Administración ha incurrido en un deficiente cumplimiento de sus obligaciones preventivas respecto a los trabajadores de los centros de personas mayores y personas con discapacidad que gestiona, si esa desatención de su obligación legal tenga el alcance, trascendencia y entidad precisos para haber originado un peligro real y de importancia notable de manera general y global para la salud de todos los trabajadores afectados por el conflicto cualquiera que sea su categoría profesional y las funciones que realicen⁸⁷. La importancia de estos fallos pueda estar en hipotéticas reclamaciones de imposición de recargo por falta de medidas de prevención y seguridad ya que en todas ellas se está reconociendo esas ausencias o faltas de medidas.

Algunas precisiones convendría hacer respecto a estas hipotéticas futuras reclamaciones, como:

No parece que sean sostenibles pretensiones en reclamación de recargo en las prestaciones, en relación con una prestación de incapacidad temporal asimilada accidente de trabajo, en los casos de restricciones en la movilidad o confinamiento, ni tampoco para las situaciones de aislamiento que luego no se vean confirmadas —en la enfermedad— y declaradas como accidente de trabajo⁸⁸.

Y la segunda precisión a realizar es cuales son las medidas de prevención cuyo incumplimiento hay que examinar para entender que la conducta activa u omisiva del empresario es merecedora de sanción. Teniendo en cuenta que habrá que distinguir entre aquellas empresas cuyas actividades, por su propia naturaleza, la exposición al SARS-CoV-2 pueda constituir un riesgo profesional, de aquellas otras en las que su presencia en los centros de trabajo será una situación excepcional, derivada de infecciones de los trabajadores por otras vías distintas a la profesional.

Las disposiciones que con carácter general se vienen invocando a la hora de fijar o establecer procedimientos de actuación de prevención contra la exposición al SARS-Cov-2, son las siguientes: a) Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL); b) RD 664/1997, de 12 de mayo, sobre protección de los trabajadores contra riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos durante el trabajo⁸⁹; c) RD 773/1997, de 30 de mayo, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud relativas a la utilización para los trabajadores de equipos de protección individual; d) RD 374/2001, de 6 abril, sobre protección de la seguridad y salud de los trabajadores contra los riesgos relacionados con los agentes químicos durante el trabajo; e) RD 1591/2009, de 16 octubre, por el que se regulan los productos sanitarios; e) Reglamento (UE) 2016/425 del Parlamento Europeo y del Consejo de 9 de marzo, relativo a los

⁸⁵ Véase STSJ Aragón 405/2020, de 22 de septiembre (rec. 353/2020).

⁸⁶ Véase STSJ Isla Baleares 274/2020, de 8 septiembre (rec. 4/2020), en la que se estima parcialmente la demanda a que la empresa demandada *“efectúe el lavado y desinfección de la ropa de trabajo de los trabajadores, y que adopte las medidas necesarias para que al salir de la zona de trabajo puedan quitarse la ropa de trabajo y los equipos de protección personal, depositándose en los contenedores destinados a esta finalidad, sin que sean llevados a sus domicilios”*.

⁸⁷ STSJ La Rioja 135/2020, de 1 de octubre (rec. 121/2020).

⁸⁸ En este sentido véase Nota Informativa sobre la posible consideración como contingencia profesional de las enfermedades derivadas de la exposición al nuevo coronavirus (SARS-CoV-2) y la procedencia del recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad, Dirección del Organismo Estatal Inspección de Trabajo y Seguridad Social de 4 de agosto de 2020 (www.mitramiss.gob.es/itss, consultado en 28 diciembre de 2020).

⁸⁹ Y la Orden de 25 de marzo de 1998, por que se adapta en función del progreso técnico el RD 664/1997, de 12 de mayo.

equipos de protección individual y por el que se deroga la Directiva 89/686/CEE del Consejo⁹⁰; y f) Recomendación (UE) 2020/403, de la Comisión de 13 de marzo de 2020, relativa a la evaluación de la conformidad y los procedimientos de vigilancia del mercado en el contexto de la amenaza que representa el COVID-19⁹¹. A ellas parece que habrá que estar⁹². A las que habría que añadir también la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública (LGSP); los arts. 4.2 d) y 19.1 del RD-legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET); y el art. 96.2 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social (LJS).

Quizás, de todas ellas, la más relevante es el RD 664/1997, de 12 mayo, fundamentalmente en servicios sanitarios, laboratorios y trabajos funerarios⁹³ y en ellas se centrarán previsiblemente las labores de vigilancia y control de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social⁹⁴.

Una última cuestión a tener en cuenta es sí en esta situación excepcional de carácter mundial provocada por la crisis sanitaria, los habituales criterios administrativos y judiciales —en su caso— a la hora de establecer un recargo en las prestaciones de la Seguridad son aplicables o no y en caso de que lo sean si deben de hacerse con cierta cautela⁹⁵.

⁹⁰ Se puede consultar en <https://www.boe.es/doue/2016/081/L00051-00098.pdf>.

⁹¹ Se puede consultar en <http://data.europa.eu/eli/reco/2020/403/oj>.

⁹² También deberán de tenerse en cuenta normas técnicas como:

-UNE EN 149:2001+A1:2010 Dispositivos de protección respiratoria. Medias máscaras filtrantes de protección contra partículas. Requisitos, ensayos, marcado.

-UNE EN 143:2001+ A1:2006 Equipos de protección respiratoria. Filtros contra partículas. Requisitos, ensayos, marcado.

-UNE EN 140:1999 Equipos de protección respiratoria. Medias máscaras y cuartos de máscara. Requisitos, ensayos, marcado;

-UNE-EN ISO 374- 5:2016, Guantes de protección contra productos químicos y los microorganismos peligrosos. Parte 5: Terminología y requisitos de prestaciones para riesgos por microorganismos. (ISO 374-5:2016) (Ratificada por la Asociación Española de Normalización en junio de 2017).

-UNE-EN 14126:2004 y UNE-EN 14126 :2004 /AC: 2006 Ropa de protección. Requisitos y métodos de ensayo para la ropa de protección contra agentes biológicos.

-UNE EN 1 4605:2005 + A1:2009, Ropa de protección contra productos químicos líquidos. Requisitos de prestaciones para la ropa con uniones herméticas a los líquidos (Tipo3) o con uniones herméticas a las pulverizaciones (Tipo4), incluyendo las prendas que ofrecen protección únicamente a ciertas partes del cuerpo (Tipos PB [3] y PB [4]).

-UNE EN 166:2002, Protección individual de los ojos. Especificaciones.

⁹³ Sin que haya que olvidar el transporte, vigilantes, etc.

⁹⁴ Véase en este sentido el criterio operativo n.º 102/2020, de 16 de marzo (www.mitramiss.gob.es/itss). Consultado en 28 de diciembre de 2020. Y la nota informativa Nota Informativa sobre la posible consideración como contingencia profesional de las enfermedades derivadas de la exposición al nuevo coronavirus (SARS-CoV-2) y la procedencia del recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad, Dirección del Organismo Estatal Inspección de Trabajo y Seguridad Social de 4 de agosto de 2020 (www.mitramiss.gob.es/itss, consultado en 28 diciembre de 2020).

⁹⁵ Nota Informativa sobre la posible consideración como contingencia profesional de las enfermedades derivadas de la exposición al nuevo coronavirus (SARS-CoV-2) y la procedencia del recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad, Dirección del Organismo Estatal Inspección de Trabajo y Seguridad Social de 4 de agosto de 2020 (www.mitramiss.gob.es/itss, consultado en 28 diciembre de 2020), pág. 8. En la misma se indica que se tendrán en cuenta los siguientes aspectos:

-Los informes y las conclusiones que contengan estarán referidos a trabajadores o empleados públicos, individualmente considerados y no a un colectivo sin especificación de las personas integrantes de los mismos, razón por la cual estos informes no podrán tener como base, exclusivamente, resoluciones judiciales firmes, en las que se establezcan hechos probados sobre incumplimientos genéricos referidos a colectivos de personas trabajadoras o empleadas públicas de obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales o de medidas preventivas sanitarias para prevenir los contagios por el COVID-19.

En principio hay que tener en cuenta que las normas de previsión de riesgos laborales obligan a tener prevista y preparada la respuesta sobre protección adecuada (singularmente del personal sanitario) ante la probabilidad de una pandemia como la iniciada a principios de 2020, bien mediante una inversión sostenida en medios materiales bien mediante la disponibilidad de un sistema que garantice la inmediatez de la respuesta, preventiva y protectora, ante la aparición efectiva del riesgo por un elemental principio de precaución⁹⁶.

La LSP, de aplicación tanto a las Administraciones públicas como a las empresas privadas, dispone en su art. 32 que: *“La salud laboral tiene por objeto conseguir el más alto grado de bienestar físico, psíquico y social de los trabajadores en relación con las características y riesgos derivados del lugar de trabajo, el ambiente laboral y la influencia de éste en su entorno, promoviendo aspectos preventivos, de diagnóstico, de tratamiento, de adaptación y rehabilitación de la patología producida o relacionada con el trabajo”*.

Por su parte el art. 4.2. d) del ET, establece que *“... en la relación de trabajo, los trabajadores tienen derecho... a su integridad física y a una adecuada política de prevención de riesgos laborales”*; en lo que luego se insiste cuando su art. 19.1 señala que: *«El trabajador, en la prestación de sus servicios, tendrá derecho a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo»*.

De la LPRL conviene recordar cómo define⁹⁷: a) la prevención, como el conjunto de actividades o medidas adoptadas o previstas en todas las fases de actividad de la empresa con el fin de evitar o disminuir los riesgos derivados del trabajo; b) Riesgo laboral, la posibilidad de que un trabajador sufra un determinado daño derivado del trabajo; c) como daños derivados del trabajo, las enfermedades, patologías o lesiones sufridas con motivo u ocasión del trabajo; y d) como riesgo laboral grave e inminente aquel que resulte probable racionalmente que se materialice en un futuro inmediato y pueda suponer un daño grave para la salud de los trabajadores y que el caso de exposición a agentes susceptibles de causar daños graves a la salud de los trabajadores, se considerará que existe un riesgo grave e inminente cuando sea probable racionalmente que se materialice en un futuro inmediato una exposición a dichos agentes de la que puedan derivarse daños graves para la salud, aun cuando éstos no se manifiesten de forma inmediata.

Por otro lado, la LPRL dispone que los trabajadores tienen derecho a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo. El citado derecho supone la existencia de un correlativo deber del empresario de protección de los trabajadores frente a los riesgos laborales (art. 14.1). En cumplimiento del deber de protección, el empresario deberá garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo, para ello el empresario desarrollará una acción permanente de seguimiento de la actividad preventiva con el fin de perfeccionar de manera continua las actividades de identificación, evaluación y control de los riesgos que no se hayan podido evitar y los niveles de protección exis-

- Por el contrario, y sin perjuicio de la correspondiente valoración de dichas resoluciones judiciales, se deberá proceder a la comprobación individualizada de las circunstancias en las que se desarrolló la actividad laboral por los concretos trabajadores o empleados públicos, como consecuencia de las cuales pudo sufrir el contagio de COVID-19, que dio lugar al accidente de trabajo reconocido, que generó las prestaciones económicas de la Seguridad Social sobre las que se aplicará el recargo en su caso, ya que la relación de causalidad no se presume, sino que ha de resultar probada.

-Respecto a las circunstancias concretas de la actividad, podrán valorarse aspectos tales como el puesto de trabajo ocupado, las características de la persona trabajadora, la realización de jornadas extraordinarias de trabajo, con prolongaciones especiales, o el nivel de riesgo de exposición en el que se haya trabajado, conforme a los previstos en el “Procedimiento de actuación para los servicios de prevención de riesgos laborales frente a la exposición al SARS-CoV-2” (Baja probabilidad de exposición; exposición de bajo riesgo o exposición de riesgo).

⁹⁶ Recogido en el art. 3 Ley 33/2011, de 4 de octubre, de General de Salud Pública.

⁹⁷ Art. 4 LPRL.

tentes y dispondrá lo necesario para la adaptación de las medidas de prevención señaladas en el párrafo anterior a las modificaciones que puedan experimentar las circunstancias que incidan en la realización del trabajo (art. 14.2).

El 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, establece las disposiciones mínimas aplicables a las actividades en las que los trabajadores estén o puedan estar expuestos a agentes biológicos debido a la naturaleza de su actividad laboral. Dicho disposición incluye entre los agentes biológicos a microorganismos, con inclusión de los genéticamente modificados, cultivos celulares y endoparásitos humanos, susceptibles de originar cualquier tipo de infección, alergia o toxicidad, y considera en el grupo 4 a *“aquél que causando una enfermedad grave en el hombre supone un serio peligro para los trabajadores, con muchas probabilidades de que se propague a la colectividad y sin que exista generalmente una profilaxis o un tratamiento eficaz”*. Sus artículos 4 a 8 establecen toda una serie de obligaciones del empresario relativas a: identificación de riesgos; sustitución de riesgos biológicos; reducción de los riesgos; medidas higiénicas; y de vigilancia de la salud de los trabajadores⁹⁸.

El RD 773/1997, de 30 de mayo, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud relativas a la utilización por los trabajadores de equipos de protección individual (EPIS), establece las disposiciones mínimas de seguridad y de salud para la elección, utilización por los trabajadores y mantenimiento de los EPIS, que les proteja de los riesgos que puedan amenazar su seguridad o su salud, y que deberán utilizarse cuando existan riesgos para la seguridad o salud de los trabajadores que no hayan podido evitarse o limitarse suficientemente por medios técnicos de protección colectiva o mediante medidas, métodos o procedimientos de organización del trabajo (art. 1). Su art. 3 establece una serie de obligaciones a cargo del empresario, entre otras cosas, a determinar los puestos de trabajo en los que deba recurrirse a la protección individual y precisar, para cada uno de estos puestos, el riesgo o riesgos frente a los que debe ofrecerse protección, las partes del cuerpo a proteger y el tipo de EPIS que deberán utilizarse; elegir los EPIS individuales, manteniendo disponible en la empresa o centro de trabajo la información pertinente; proporcionar gratuitamente a los trabajadores los equipos de protección individual que deban utilizar, reponiéndolos cuando resulte necesario; velar por que la utilización de los mismos y su mantenimiento se haga conforme a las previsiones establecidas en el art. 7⁹⁹.

También debe recordarse lo que sobre la deuda de seguridad viene diciendo nuestro Tribunal Supremo:

- “La deuda de seguridad que al empresario corresponde determina que, actualizado el riesgo, para enervar su posible responsabilidad el empleador ha de acreditar haber agotado toda diligencia exigible, más allá –incluso– de las exigencias reglamentarias” [FD, 3.º 2]; “... la obligación del empresario alcanza a evaluar todos los riesgos no eliminados y no sólo aquellos que las disposiciones específicas hubiesen podido contemplar expresamente (arts. 14.2, 15 y 16 LPRL), máxime cuando la generalidad de tales normas imposibilita prever todas las situaciones de riesgo que comporta el proceso productivo” [FD. 3.º 2]¹⁰⁰.

- “El Estatuto de los Trabajadores genéricamente consagra la deuda de seguridad como una de las obligaciones del empresario, al establecer el derecho del trabajador “a su integridad física” (art. 4.2.d) y a “una protección eficaz en materia de seguridad e higiene” (art. 19.1). Obligación que más específicamente y con mayor rigor de exigencia desarrolla la LPRL, cuyos rotundos

⁹⁸ Otros deberes de los empresarios son (arts. 9 a 13 del RD 664/1997, de 12 de mayo) son: documentación; notificación a la autoridad laboral; información a las autoridades competentes; información y formación de los trabajadores; y consulta y participación de los trabajadores.

⁹⁹ También deben destacarse las previsiones recogidas en los arts. 4 a 10, relativas a: criterios de empleo, condiciones, elección, utilización y mantenimiento de los EPIS.

¹⁰⁰ STS 30 junio 2010 (rec. 4123/2008).

mandatos contenidos en los arts. 14 .2, 15.4 y 17.1 LPRL, determinaron que se afirmase que el deber de protección del empresario es incondicionado y, prácticamente, ilimitado y que deben adoptarse las medidas de protección que sean necesarias, cualesquiera que ellas fueran” [FD. 3.º 1 letra b)]¹⁰¹.

Y, por último, lo normado por el art. 96.2 LRJS: *“En los procesos sobre responsabilidades derivadas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales corresponderá a los deudores de seguridad y a los concurrentes en la producción del resultado lesivo probarla adopción de las medidas necesarias para prevenir o evitar el riesgo, así como cualquier factor excluyente o minorador de su responsabilidad. No podrá apreciarse como elemento exonerador de la responsabilidad la culpa no temeraria del trabajador ni la que responda al ejercicio habitual del trabajo o a la confianza que éste inspira”*.

En definitiva, la imposición de recargo en las prestaciones de Seguridad Social, ante el contagio de la enfermedad considerado como accidente de trabajo es viable y será al empresario (sea Administración Pública o empresa privada) el que deba de demostrar que adoptó las medidas necesarias para prevenir o evitar el contagio de su personal. Otra cosa será que las extraordinarias circunstancias, las cambiantes recomendaciones en torno a los procedimientos de actuación para los servicios de prevención de riesgos laborales frente a la exposición al SARS-CoV-2 puedan ser tomadas en consideración en la determinación concreta del recargo¹⁰².

4.2. Su posible consideración como enfermedad profesional

El art. 157 LGSS recoge el concepto de la enfermedad profesional, definida como *“la contraída a consecuencia del trabajo ejecutado por cuenta ajena en las actividades que se especifiquen en el cuadro que se apruebe por las disposiciones de aplicación y desarrollo de esta Ley, y que esté provocada por la acción de los elementos o sustancias que en dicho cuadro se indiquen para cada enfermedad profesional”*¹⁰³.

Como vienen señalando los Tribunales¹⁰⁴ para determinar si nos encontramos ante una enfermedad profesional, habrá que analizar si el causante reúne los tres requisitos que la citada norma exige para ello: a) Que la enfermedad se haya contraído a consecuencia del trabajo realizado por cuenta ajena; b) Que se trate de alguna de las actividades que reglamentariamente se determinan, y c) Que esté provocada por la acción de elementos y sustancias que se determinen para cada enfermedad. En resumen, la calificación surge cuando concurre una actividad de las tipificadas con la patología normativamente asociada a ella, mientras que el nexo de causalidad se presume y no necesita acreditación.

El cuadro de enfermedades profesionales se contiene actualmente en el RD 1299/2006, de 10 de noviembre, cuadro que se clasifica en seis Grupos, organizados por agentes, subagentes, actividades, códigos y enfermedades profesionales, con la relación de las principales actividades capaces de producirlas. En nuestro sistema de Seguridad Social se ha optado, pues, por seguir el sistema o modelo de “lista”, conforme al cual se atribuye la consideración de enfermedad profesional a toda aquella recogida en una lista que acoge además las sustancias y ámbitos profesionales o sectores en que está presente, vinculando todos estos elementos, siguiendo la

¹⁰¹ STS 1039/1018, 11 de diciembre (rec. 1653/2016).

¹⁰² Sumamente ilustrativa es la nota que se ha venido incorporando a la guía del Ministerio de Sanidad en todas sus ediciones, cuando señala “Las recomendaciones incluidas en el presente documento están en continua revisión en función de la evolución y nueva información que se disponga de la infección por el nuevo coronavirus (SARS-CoV-2)” (www.msbs.gob.es).

¹⁰³ Sobre las enfermedades profesionales puede verse: AA.VV.: Las Enfermedades Profesionales desde la perspectiva de la Seguridad Social, Investigación financiada al amparo de lo previsto en la Orden TAS/940/2007, de 28 de marzo (Subvenciones para el Fomento de la Investigación Social FIPROS, Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2008, p. 508. Se puede consultar en <http://www.seg-social.es>

¹⁰⁴ Por todas STS 13 noviembre de 2016 (rec. 2539/2015).

Recomendación 2003/670/CE de la Comisión, de 19 de septiembre de 2003, relativa a la lista europea de enfermedades profesionales.

Pues bien, si tenemos en cuenta que¹⁰⁵:

a) El grupo 3 de la lista de enfermedades profesionales recoge las Enfermedades profesionales causadas por agentes biológicos y las principales actividades capaces de producirlas.

b) Que su apartado A es el relativo a las enfermedades infecciosas causadas por el trabajo de personas que se ocupan de la prevención, asistencia médica y actividades en las que se ha probado un riesgo de infección (excluidos aquellos microorganismos incluidos en el grupo 1 del RD 664/1997, de 12 de mayo, regulador de la protección de los trabajadores contra riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos durante el trabajo)¹⁰⁶.

c) Que el SARS-CoV-2 pertenece al grupo 2 “coronaviridae”, del RD 664/1997.

Parece que cabría considerar que la infección por COVID-19 quedaría incluida –al menos– como enfermedad profesional con los códigos 3A01 a 3A04 para el personal sanitario, sanitario y auxiliar de instituciones cerradas, personal de laboratorio y personal socio-sanitario¹⁰⁷.

¹⁰⁵ Véase MARTÍ-AMENGUAL, G.; SANZ-GALLEN, P. y ARIMANY-MANSO, J.: “Valoración médico legal de la infección por COVID-19 en el ámbito laboral”, *Revista Española de Medicina Legal*, 2020; 46 (3), pp. 146 a 152.

¹⁰⁶ Véase la Orden TES/1180/2020, de 4 de diciembre, por la que se adapta el RD 664/1997, de 12 de mayo a las previsiones de la Directa (UE)2030/739 de 3 de junio de 2020 que modifica el anexo III de la Directiva 2000/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo para la inclusión del SARS-CoV-2 en la lista de agentes biológicos que son patógenos humanos conocidos.

¹⁰⁷ Si atendemos a la Guía de Ayuda para la Valoración de Enfermedades Profesionales, elaborada por el INSS, tercera edición, a tenor de la misma (páginas 624 y ss.) cabría entender dentro de las actividades vinculadas al Código 3A01 las actividades desempeñadas por: auxiliares de enfermería hospitalaria, auxiliares de enfermería de atención primaria; técnicos auxiliares de farmacia, técnicos de emergencias sanitarias; celadores de hospital, ayudantes dentista; trabajadores de los cuidados personales a domicilio, cuidadores de niños en guarderías y centros educativos (guardería infantil, jardín de infancia, educación infantil primer ciclo, auxiliares de puericultura, vigilantes de comedor escolar y cuidadores-acompañantes en autobús escolar) cuidadores de niños a domicilio. Ver la guía en: <http://www.seg-social.es> (consultada a 28 diciembre de 2020).

No se conocen todavía pronunciamientos judiciales sobre el particular. No obstante, puede ser de interés en relación con la gripe debida a virus de la gripe aviar la STSJ de Galicia de 13 de mayo de 2019 (rec. 481/2019), en relación con la petición de determinación de contingencia de una situación de incapacidad temporal formulada por una enfermera. Se puede leer en su FD segundo lo siguiente: “De acuerdo con los hechos que se declaran probados, resulta que la enfermedad que ha padecido la demandante, de cuyo origen infeccioso no cuestiona ninguna de las partes, ha de considerarse incluida en ese cuadro establecido en el real decreto y la profesión que ejerce la actora es de las incluidas en el mismo Real decreto como susceptibles del padecimiento a que se refiere, y acreditado que la patología que sufrió la actora ha sido contraída por razón de su trabajo, (pues en definitiva se ha acreditado que en días previos al proceso de IT estuvo en contacto con pacientes que padecían la misma enfermedad infecciosa que a ella le ha sido diagnosticada varios días después de dichos contactos) y parece obvio por ello que el contagio se produjo en su centro de trabajo por lo que al probarse en definitiva el contagio con enfermos diagnosticados de la enfermedad por la se produce el proceso de IT, la consecuencia es que el origen de su situación de IT es claramente profesional. Y al haberlo estimado así la sentencia de instancia en modo alguno ha incurrido en las infracciones jurídicas denunciadas de contrario lo que conduce a la desestimación de los recursos interpuestos y a la confirmación de la sentencia de instancia”. Los hechos probados notician lo siguiente: PRIMERO. - La demandante Doña Leonor, con DNI NUM000, viene prestando servicios para el Sergas con la categoría profesional de enfermera y destino en el Servicio de Hematología-Cirugía Vasculardel Hospital de Montecelo. La demandada Sergas tiene cubiertas las contingencias comunes y profesionales con el Instituto Nacional de la Seguridad Social. SEGUNDO. - En fecha 28 de enero de 2017 la demandante inició situación e incapacidad temporal derivada de enfermedad profesional con el diagnóstico de “gripe debida a virus de la gripe aviar identificado”. En dicha situación permaneció hasta el 6 de febrero de 2017. TERCERO. - El Instituto Nacional de la Seguridad Social inició de oficio expediente de determinación de contingencia referido al citado proceso de incapacidad temporal y en Resolución de fecha 29 de marzo de 2017 declaró que éste derivaba de contingencias

En resumen, si se reúnen los tres requisitos antes señalados (dolencia, agente y actividad), surge la presunción legal de que la enfermedad contraída tiene origen profesional, con la consecuencia de que quien trabaje en dichas actividades no tiene que probar la relación de causalidad¹⁰⁸.

Se podría pensar que el trabajador, al menos el sanitario y socio sanitario, ya está suficientemente protegido con la consideración de que un contagio por COVID-19 se va a considerar a todos los efectos como derivada de accidente de trabajo. Ciertamente es una cobertura importante, pero si se considerara como enfermedad profesional, podrían quedar resueltos o atendidos aspectos tales como:

a) Los períodos de aislamiento que podrían ser considerados como período de observación por enfermedad profesional para situaciones de incapacidad temporal¹⁰⁹.

b) La imprescriptibilidad de sus efectos ya que en caso de fallecimiento en contra de lo normado en el art. 9.3 del RD-ley 19/2020 en relación con el art. 217.2 LGSS. Teniendo en cuenta que los conocimientos actuales el curso clínico evolutivo de quien haya sufrido o se encuentre padeciéndola es a fecha de hoy imprevisible y desconocido, no debiendo olvidar las graves secuelas que se están presentando en quienes han sufrido la misma (respiratorias, cardíacas, renales, etc.).

comunes. CUARTO. - En la Unidad de Enfermería de Hematología/Cirugía Vascul ar en la que presta servicios la demandante ingresaron tres pacientes a lo largo del mes de enero de 2017 que fueron diagnosticados de gripe A, de los cuales al menos dos de ellos estuvieron a cargo de la demandante, uno los días 11 y 13 de enero de 2017 y el otro el 19 de enero de 2017. La demandante fue atendida en Urgencias del CHOP el 27 de enero de 2017 por presentar malestar general de dos días de evolución, disnea y dolor articular, y le fue realizada determinación de virus respiratorios, que fue positiva para gripe A y negativa para VRS y gripe influenza B”.

En sentido contrario y para un supuesto de gripe “común” contraída por un médico pediatra de un centro de salud, véase la STSJ Asturias 2067/2014, de 30 de septiembre (rec. 1242/2014).

¹⁰⁸ En sentido puede verse la petición formulada por la Organización Médica Colegial de España en fecha 5 de mayo de 2020, véase el informe jurídico en:

<https://confi legal.com/wp-content/uploads/2020/05/INFORME-SOBRE-CALIFICACION-C3%93N-COMO-CONTINGENCIA-PROFESIONAL.pdf> (consultado en fecha 28 diciembre de 2020). En similares términos puede verse la petición de la Asociación de Médicos y Titulados Superiores de Madrid al Defensor del Pueblo en fecha 27 de mayo de 2020, véase:

<https://amyts.es/amyts-consigue-que-el-gobierno-estudie-la-consideracion-de-la-covid-19-como-enfermedad-profesional/> (consultado en 28 de diciembre de 2020). O la nota informativa emitida por conjuntamente por la Asociación Española de Especialistas en Medicina del Trabajo, Sociedad Española de Medicina y Seguridad en el Trabajo, Asociación Profesional de Médicos Evaluadores de la Seguridad Social, Asociación Nacional de Medicina del Trabajo en el Ámbito Sanitario, Sociedad Española de Salud Laboral en la Administración Pública y la Asociación de Especialistas en Enfermería en el Trabajo en 29 de mayo de 2020, véase:

<http://www.aeemt.com/web/wp-content/uploads/2020/06/Covid19-ENFERMEDAD-PROFESIONAL-20200602-TNR.pdf> (consultado en 28 de diciembre de 2020).

También puede resultar de interés consultar la Guía de Ayuda para la Valoración de las Enfermedades Profesionales, elaborada por el INSS, 3.ª edición. En ella son de interés el examen de sus pp. 287 a 289 y 624 a 638. Véase:

<http://www.seg-social.es/wps/wcm/connect/wss/0c2b4db3-c033-4503-8b52-0de02443f43d/GUIA+EEPP-ON+LINE-3+EDICION.pdf?MOD=AJPERES&CVID> (consultado en 28 diciembre de 2020).

¹⁰⁹ Véase art. 169.1. b) LGSS.