

FACULTAD
DE CIENCIAS
JURÍDICAS



ZIENTZIA
JURIDIKOEN
FAKULTATEA

TRABAJO FIN DE ESTUDIOS / IKASGAIEN AMAIERAKO LANA
MÁSTER EN PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

.....

**INFECCIÓN POR EL COVID 19 DEL PERSONAL SANITARIO: HACIA SU
CONSIDERACIÓN COMO ENFERMEDAD PROFESIONAL Y ULTERIOR
RECLAMACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL**

Karen González Jiménez

DIRECTOR / ZUZENDARIA

María Ángeles Egusquiza Balmaseda

Pamplona / Iruñea

4 de Junio de 2020

RESUMEN

El 14 de marzo de 2020 se decretó en España el Estado de Alarma debido a la pandemia generada por el Covid-19. Se han elaborado por parte del Ministerio de Sanidad previsiones en materia de prevención de riesgos laborales con medidas para evitar el contagio. El carácter excepcional de esta crisis plantea el reto de su consideración como enfermedad profesional, ya que actualmente se reconoce como accidente de trabajo. Las deficiencias en las medidas de protección ofrecidas al personal sanitario llevan a prever un auge exponencial en las reclamaciones de responsabilidad civil o patrimonial, según sea ámbito privado o público por parte de los contagiados. El trabajo se encamina a dilucidar estas cuestiones, así como a valorar si concurren los requisitos necesarios para estas reclamaciones, la incidencia de la fuerza mayor como causa de exoneración de responsabilidad, así como el sistema de valoración del daño por parte de los tribunales.

PALABRAS CLAVE

Equipo de protección individual, Covid-19, Enfermedad profesional, Fuerza mayor, Baremo.

ABSTRACT

On March 14, 2020 the State of Alarm was decreed in Spain due to the situation generated by Covid-19. Documents have been made by the Ministry of Health regarding occupational risk prevention with measures to avoid transmission. The exceptional nature of this crisis raises the challenge of considering it as an occupational disease, since it is currently recognized as an accident at work. The deficiencies in the protection measures offered to medical staff make to foresee an exponential boom in claims for civil or administrative responsibility, depending on whether it is private or public by personal infected. The work is aimed at elucidating these issues, as well as assessing if the necessary requirements for these claims are fulfilled, the incidence of force majeure as a cause of exoneration of liability, and the system of assessment of damage by the courts.

KEY WORDS

Personal protective equipment, Covid-19, Occupational disease, Force majeure, Scale.

ÍNDICE DE CONTENIDOS

	ABREVIATURAS	6
I.	INTRODUCCIÓN	8
II.	SITUACIÓN DE LA PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES DURANTE EL ESTADO DE ALARMA DEBIDO AL COVID-19	9
III.	POSIBILIDAD DE CONCEPCIÓN DEL COVID-19 COMO ENFERMEDAD PROFESIONAL RESPECTO DE LOS PROFESIONALES SANITARIOS	15
	1. Conceptualización de la enfermedad profesional	15
	2. Posibilidad de inclusión del Covid-19 como enfermedad profesional ...	17
	2.1. <i>Consideración actual del Covid-19 como accidente de trabajo</i>	18
	2.2. <i>Requisitos para la consideración de enfermedad profesional</i>	24
	2.2.1. Trabajo por cuenta ajena y nexos causales	24
	2.2.2. Actividad, acción de elementos y sustancias	26
IV.	REFLEXIONES ACERCA DE LA POSIBLE RESPONSABILIDAD CIVIL POR INCUMPLIMIENTO DE LAS MEDIDAS DE PREVENCIÓN ANTE EL CONTAGIO DE PERSONAL SANITARIO POR COVID-19	27
	1. Aproximación a la responsabilidad civil en materia de prevención de riesgos laborales	27
	2. Posible derivación de responsabilidad civil por contagio del Covid-19 entre el personal sanitario	31
	3. Presupuestos para el surgimiento de responsabilidad civil en el ámbito de la prevención de riesgos laborales	33
	3.1. <i>Incumplimiento por parte del empresario del deber de cuidado</i>	34
	3.2. <i>Conducta culpable o negligente</i>	35
	3.3. <i>Daño efectivo</i>	38
	3.4. <i>Relación de causalidad entre la conducta e incumplimiento del empresario y el daño</i>	39
	4. Referencia a la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas respecto del personal sanitario trabajador en centros sanitarios de titularidad pública	42
	4.1. <i>Algunas notas características de la responsabilidad patrimonial</i>	42
	4.2. <i>Requisitos de concurrencia de responsabilidad patrimonial</i>	43

5. La fuerza mayor como causa de exoneración de responsabilidad	45
5.1. <i>Concepto de fuerza mayor</i>	45
5.2. <i>Procedencia de la fuerza mayor como causa de exoneración de responsabilidad ante el Covid-19</i>	46
6. La valoración del daño respecto de contingencias profesionales	49
6.1. <i>Tipos de daños resarcibles</i>	50
6.2. <i>Indemnización: Aplicación orientativa del “Baremo”</i>	52
6.3. <i>Compatibilidad y descuento en indemnizaciones por enriquecimiento injusto</i>	54
V. CONCLUSIONES	55
VI. BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA	58
VII. JURISPRUDENCIA CONSULTADA	60

ABREVIATURAS

AAP	Auto de la Audiencia Provincial
art./arts.	artículo/artículos
ATS	Auto del Tribunal Supremo
ATSJ	Auto del Tribunal Superior de Justicia
BOE	Boletín Oficial del Estado
CC	Código Civil
CE	Constitución Española
cit.	citada
Coord.	Coordinador/es
Dir.	Director
EPI	Equipo de protección individual
ET	Estatuto de los Trabajadores
INSST	Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo
LGSS	Ley General de la Seguridad Social
LPRL	Ley de Prevención de Riesgos Laborales
núm.	número
ob.	obra
pág./págs.	página/páginas
R.D.	Real Decreto
ss.	siguientes
STS/SSTS	Sentencia del Tribunal Supremo/Sentencias del Tribunal Supremo
STSJ/SSTSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia/Sentencias del Tribunal Superior de Justicia
vol.	volumen

I. INTRODUCCIÓN

El Covid-19 ha propiciado una situación de pandemia y la declaración del Estado de Alarma en España debido a una alta tasa de contagios, que a la fecha de 21 de mayo de 2020, según el Centro Nacional de Epidemiología, era de 233.037 casos confirmados, con 124.521 hospitalizados, 11.454 en la UCI, y 27.940 fallecidos.¹ Al hilo de ello, ha sido emitida numerosa normativa en materia de Prevención de Riesgos Laborales para prevenir o evitar el riesgo de contagio. La actividad sanitaria se declaró como esencial, por lo que las personas que trabajan en este sector, sea cual fuere la forma que revista, han tenido que continuar realizando sus funciones, estando expuestos al virus, lo que ha desencadenado un gran número de contagios entre este tipo de trabajadores.

La actualidad supone el desencadenamiento de problemas en el ámbito jurídico que se van atendiendo, como el hecho de que la contracción del virus haya sido estimada como accidente de trabajo con todos los efectos que ello conlleva, ya que en un inicio no fue así. Esto conduce a preguntarse si no sería posible que en un futuro próximo pase a incluirse esta contingencia dentro del listado de enfermedades profesionales, gozando así de una más amplia garantía, teniendo en cuenta cuestiones como la facilidad de contagio que presenta el agente, y más aún en un entorno médico, donde se está expuesto a un continuo riesgo. En coherencia con ello, La Central Sindical Independiente y de Funcionarios (CSIF) ha exigido a la Seguridad Social que “el aislamiento obligatorio por coronavirus para los profesionales que están expuestos en su actividad laboral a este agente infeccioso sea considerado baja por enfermedad profesional”.²

A la vista de la cantidad de personal sanitario contagiado, se prevén sendas reclamaciones por daños, lo que lleva a cuestionarse si se ha actuado correctamente y desplegado toda la posible diligencia en la actividad de prevención para evitar el desarrollo de la enfermedad de estos profesionales. A la fecha, ya constan en los tribunales peticiones de medidas cautelares y demandas por la falta de medidas de prevención y de equipos de protección individual, y es que, estos últimos, han sufrido problemas de desabastecimiento, por lo que en muchos de los casos no se han

¹Centro Nacional de Epidemiología. Enlace: <https://cnecovid.isciii.es/covid19/>

²Central Sindical Independiente y de Funcionarios (CSIF). Enlace: <https://www.csif.es/contenido/nacional/sanidad/297186>

proporcionado. Será necesario a estos efectos valorar los criterios necesarios para la procedencia de indemnizaciones por daños y perjuicios en el ámbito civil, aunque también, se hará mención de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, debido al alto índice de centros sanitarios de titularidad pública.

Para la procedencia o no de la declaración de responsabilidad de empresarios o administraciones entra en juego la fuerza mayor como causa de exoneración de dicha responsabilidad que puede ser alegada por los mismos, partiendo de la base de lo excepcional de las circunstancias acaecidas y, consiguientemente, apreciada por los tribunales si se estima que las deficiencias en prevención han devenido como consecuencia de dicha causa, ya que siendo así, se liberaría de responsabilidad al deudor. Si finalmente la responsabilidad fuera aceptada por los tribunales por haberse incumplido la normativa en materia de prevención y no haberse adoptado las medidas adecuadas, conllevando la exposición al riesgo de los trabajadores y no concurriendo causa de fuerza mayor, es preciso observar cuál es el sistema que actualmente se emplea en la valoración de indemnizaciones, así como ver cuáles podrían ser los daños que se aleguen como sufridos.

En definitiva, este trabajo tiene por objeto recabar una visión global de la situación de la prevención de riesgos laborales en lo que respecta al personal sanitario, durante el estado de alarma, y conforme a ello, valorar la posibilidad respecto del encaje del Covid-19 como enfermedad profesional, así como determinar si sería posible reclamar una indemnización por daños y perjuicios ante su contagio por parte de los profesionales que trabajan en el sector sanitario, y analizar cómo se valoran los daños derivados de contingencias profesionales por parte de los tribunales.

II. SITUACIÓN DE LA PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES DURANTE EL ESTADO DE ALARMA DEBIDO AL COVID-19

El Gobierno de España decretó el pasado 14 de marzo de 2020 el Estado de alarma mediante el Real Decreto 463/2020³, situación que se ha prorrogado a su fin en varias

³ Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. Artículo 1. Declaración del estado de alarma. “Al amparo de lo dispuesto en el artículo cuarto, apartados b) y d), de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de

ocasiones, debido a la situación de pandemia causada por un agente biológico, en concreto, un nuevo virus de la familia *Coronaviridae*, el Covid-19, que afecta a seres humanos y también a algunos animales.⁴ La declaración ha sido acompañada con la adopción de medidas de variada naturaleza por parte del poder ejecutivo. Cabe destacar que, tras su publicación, se establecieron en el artículo 1.1 del Real Decreto-ley 9/2020, de 27 de marzo,⁵ como servicios esenciales los centros sanitarios y los que atienden a personas mayores, lo que determinó la continuación de su actividad, a diferencia de la mayoría de sectores que se han encontrado paralizados.

Se ha dispuesto una “Guía de actuación frente a Covid-19 en los profesionales sanitarios y sociosanitarios”, en la que se afirma que “[e]n el escenario actual de transmisión comunitaria sostenida generalizada es crucial mantener la capacidad de respuesta del sistema sanitario para asegurar la continuidad de la actividad asistencial ante el aumento de flujo de pacientes en los hospitales”. En aras de poder garantizar el buen funcionamiento de este sector han considerado que es recomendable la incidencia en las Comunidades Autónomas que conforman el Estado acerca del necesario seguimiento de la normativa de prevención por parte de los trabajadores de este ámbito para minimizar el riesgo de transmisión, y por tanto, la relevancia de que los profesionales sanitarios, para reducir las exposiciones de riesgo, tomen las medidas de protección de forma correcta ante pacientes sintomáticos.⁶

junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, se declara el estado de alarma con el fin de afrontar la situación de emergencia sanitaria provocada por el coronavirus COVID-19”.

⁴ MINISTERIO DE SANIDAD. “Información científico-técnica. Enfermedad por coronavirus, COVID-19”. Actualización del 02/06/2020, págs. 4-5.

⁵ Real Decreto-ley 9/2020, de 27 de marzo, por el que se adoptan medidas complementarias, en el ámbito laboral, para paliar los efectos derivados del COVID-19. Artículo 1. Mantenimiento de actividad de centros sanitarios y centros de atención a personas mayores. 1. Durante la vigencia del estado de alarma acordado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, y sus posibles prórrogas, se entenderán como servicios esenciales para la consecución de los fines descritos en el mismo, cualquiera que sea la titularidad, pública o privada o el régimen de gestión, los centros, servicios y establecimientos sanitarios, que determine el Ministerio de Sanidad, así como los centros sociales de mayores, personas dependientes o personas con discapacidad, en los términos especificados por el Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030. 2. De conformidad con dicho carácter esencial, los establecimientos a que se refiere el apartado anterior deberán mantener su actividad, pudiendo únicamente proceder a reducir o suspender la misma parcialmente en los términos en que así lo permitan las autoridades competentes. 3. El incumplimiento o la resistencia a las órdenes de las autoridades competentes en aras al cumplimiento de lo previsto en este artículo será sancionado con arreglo a las leyes, en los términos establecidos en el artículo diez de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio.

⁶ MINISTERIO DE SANIDAD. “Guía de actuación frente a COVID-19 en los profesionales sanitarios y sociosanitarios”. Actualización del 13/04/2020, pág. 2.

En consonancia con ello, el Ministerio de Sanidad ha emitido un plan de medidas respecto a la prevención de riesgos laborales para luchar contra los contagios por Covid-19, y en su redacción han intervenido distintas entidades, entre ellas el INSST. En este documento se recogen medidas en general, para entornos sanitarios y no sanitarios, y expone de forma amplia que: “Es imprescindible reforzar las medidas de higiene personal en todos los ámbitos de trabajo y frente a cualquier escenario de exposición. Para ello se facilitarán los medios necesarios para que las personas trabajadoras puedan asearse adecuadamente siguiendo estas recomendaciones. En particular se destacan las siguientes medidas: “La higiene de manos es la medida principal de prevención y control de la infección. Etiqueta respiratoria [...]. Mantener distanciamiento social de 2 metros”, y añade lo siguiente: “Cualquier medida de protección debe garantizar que proteja adecuadamente al personal trabajador de aquellos riesgos para su salud o su seguridad que no puedan evitarse o limitarse suficientemente mediante la adopción de medidas organizativas, medidas técnicas y, en último lugar, medidas de protección individual”.⁷

El personal sanitario, tanto asistencial como no asistencial que atienden a personas sintomáticas es considerado como “exposición de riesgo”. El texto citado lo define como “aquellas situaciones laborales en las que se puede producir un contacto estrecho con un caso posible, probable o confirmado de infección por el SARS-CoV-2, sintomático”. Para quienes no tienen un contacto estrecho con personas sintomáticas se ha considerado que su nivel de exposición es de bajo riesgo, entendido como “aquellas situaciones laborales en las que la relación que se pueda tener con un caso probable o confirmado, no incluye contacto estrecho”. Para el grupo con exposición de riesgo, se establece el siguiente requerimiento: “En función de la evaluación específica del riesgo de exposición de cada caso: componentes de EPI de protección biológica y, en ciertas circunstancias, de protección frente a aerosoles y frente a salpicaduras”. Para los de bajo riesgo se utilizarán componentes de EPI de protección biológica según la evaluación específica del riesgo de cada caso.⁸

El procedimiento de actuación distingue, dentro de las medidas de prevención, entre las de carácter organizativo, las de protección colectiva y de protección personal.

⁷ MINISTERIO DE SANIDAD. “Procedimiento de actuación para los servicios de prevención de riesgos laborales frente a la exposición al SARS-CoV-2”. Actualización del 22/05/2020. Págs. 5-6.

⁸ MINISTERIO DE SANIDAD. “Procedimiento de actuación... cit., págs. 6-7.

Respecto a las primeras, se expone la implementación de las medidas que sean necesarias para reducir el contacto entre los trabajadores y las personas que accedan a su centro de trabajo, de forma que se modifique la estructura del centro de trabajo para salvaguardar la distancia de seguridad de dos metros. También, en lo respectivo al aumento de bajas laborales, o si se diera un aumento del riesgo de transmisión de la enfermedad en el centro de trabajo, la fijación de planes de continuidad de la actividad. Propone también la valoración de posibilidades de redistribución de tareas o incluso de teletrabajo en caso de ser necesario. Por último, establece indicaciones respecto a los establecimientos abiertos al público en cuanto a aforo, que debe respetar la distancia de seguridad; el control de acceso; la organización de espera de las personas que desean entrar en un establecimiento; y la información a éstas acerca de las medidas organizativas y la obligación que tienen de cooperación para cumplirlas. Para las colectivas se prevén distintas medidas de separación que garanticen la distancia.⁹

En lo concerniente a las medidas de protección personal, considera el texto que “la forma óptima de prevenir la transmisión es usar una combinación de todas las medidas preventivas, no solo Equipos de Protección Individual (EPI). La aplicación de una combinación de medidas de control puede proporcionar un grado adicional de protección”. El Anexo II del mismo documento facilita la información sobre los equipos de protección individual y aclara cuáles son los que pueden resultar necesarios y son indicados para el personal que está o puede estar expuesto a personas con coronavirus. Tienen que estar realizados conforme al Reglamento UE 2016/425 del Parlamento Europeo y del Consejo de 9 de marzo de 2016 relativo a los equipos de protección individual y por el que se deroga la Directiva 89/686/CEE del Consejo, que establece los requisitos a cumplir en cuanto al diseño y fabricación de los EPI que se comercialicen “para garantizar la protección de la salud y la seguridad de los usuarios y establecer las normas relativas a la libre circulación de los EPI en la Unión”.¹⁰

⁹ MINISTERIO DE SANIDAD. “Procedimiento de actuación... cit., págs. 8-9.

¹⁰ Reglamento UE 2016/425 del Parlamento Europeo y del Consejo de 9 de marzo de 2016 relativo a los equipos de protección individual y por el que se deroga la Directiva 89/686/CEE del Consejo. Artículo 1. Objeto. El presente Reglamento establece los requisitos sobre el diseño y la fabricación de los equipos de protección individual (en lo sucesivo, «EPI») que vayan a comercializarse, para garantizar la protección de la salud y la seguridad de los usuarios y establecer las normas relativas a la libre circulación de los EPI en la Unión.

Aclara el texto que deben estar certificados como productos sanitarios conforme al Real Decreto 1591/2009, de 16 de octubre, por el que se regulan los productos sanitarios, cuando se trate de equipos como guantes o mascarillas que sean destinados al uso médico para la prevención de enfermedades en pacientes. Hace además referencia a que se deben escoger los que mejor se adapten para que “se garantice la máxima protección con la mínima molestia para el usuario” y a su correcta colocación y retirada como parte fundamental para la evitación del contagio y el contacto con zonas contaminadas o la dispersión.¹¹

Para la protección respiratoria de profesionales sanitarios que puedan tener contacto sin respetar la distancia de seguridad con personas que estén infectadas o que sea posible que lo estén se prevé el uso de “mascarilla autofiltrante tipo FFP2 o media máscara provista con filtro contra partículas PR”. En caso de que de la evaluación de riesgos se desprenda la realización de procedimientos asistenciales en el desempeño de la actividad en los que puedan generarse bioaerosoles en concentraciones elevadas se aconseja que los sanitarios utilicen mascarillas autofiltrantes contra partículas FFP3 o media máscara provista con filtro contra partículas P3.¹²

Con el objetivo de proteger las distintas partes del cuerpo en las cuales puede depositarse el virus y, por consiguiente, producirse el contagio, están previstos distintos tipos como los guantes de protección, que deben cumplir con lo dispuesto en la norma UNE-EN ISO 374.5:2016 y ser desechables cuando se atienda a personas sintomáticas. También se menciona a la ropa de protección para combatir las posibles salpicaduras o secreciones que emite alguien con síntomas. Para este es necesario que se respete lo establecido en la norma UNE-EN 14126:2004. Otro equipo recomendado es la protección ocular que se utilizará en caso de riesgo de contaminación por contacto con los ojos de salpicaduras o gotas. Para este caso se han previsto tanto gafas integrales como otros tipos según las necesidades de cada situación.¹³

En el anexo III se plantean alternativas y estrategias ante el desabastecimiento de los equipos mencionados, afirmando el deber de evaluación de las mismas antes de su

¹¹ MINISTERIO DE SANIDAD. “Procedimiento de actuación... cit., pág. 17.

¹² MINISTERIO DE SANIDAD. “Procedimiento de actuación... cit., págs. 17-18.

¹³ MINISTERIO DE SANIDAD. “Procedimiento de actuación... cit., págs. 18-19.

aplicación. Un ejemplo de ello es que si hubiere escasez se podrá utilizar por parte de quienes estén más expuestos al virus mascarillas fuera del plazo de caducidad, su uso extendido o incluso otras formas de protección de las vías respiratorias. Para los guantes y ropa de protección, podrán usarse los equipos de protección química, como monos desechables, o vestuario de manga larga combinado con delantales o batas de plástico del sector de la hostelería en el caso de la ropa o uso de doble guante de látex o vinilo según el caso.¹⁴

En consonancia con el procedimiento de actuación para los servicios de prevención citado, figura otro documento emitido a su vez por el mismo órgano, y actualizado a fecha de 20 de mayo, en el que se fijan también medidas generales para los trabajadores, así como otras dirigidas a la minimización de exposición al virus en las zonas dedicadas a urgencias médicas entre otras. El objeto de este texto es “dar a conocer la información técnica y operativa sobre las medidas de prevención y control de la infección por SARS-CoV-2 de acuerdo con las recomendaciones de las autoridades sanitarias”. En su introducción figura que el procedimiento en él contenido es de aplicación a todos los centros sanitarios cuando se actúe frente a casos posibles, probables o confirmados de Covid-19.¹⁵

En relación a las medidas generales para la protección de trabajadores, refiriéndose tanto a sanitarios como no sanitarios, menciona algunas como la reducción del número de trabajadores en contacto con pacientes que padecen la enfermedad o se sospecha de ello al mínimo; para el personal que presente patologías o características que impliquen su consideración como especialmente sensibles al riesgo, la evitación de exposición de los mismos; la preceptiva dotación de información, formación y entrenamiento, acerca de cuestiones tales como los riesgos potenciales para la salud, instrucciones de precaución, o la utilización de los EPI, entre otras, a quienes trabajan en una institución sanitaria, y sobre todo, a los trabajadores que atienden a pacientes con el virus, o que están expuestos a entornos que pueden posiblemente encontrarse contaminados. Hace alusión este texto a que la seguridad de los profesionales y pacientes mientras dure la atención sanitaria depende de factores relacionados con el uso adecuado

¹⁴ MINISTERIO DE SANIDAD. “Procedimiento de actuación... cit., págs. 25 y ss.

¹⁵ MINISTERIO DE SANIDAD. “Prevención y control de la infección en el manejo de pacientes con COVID-19”. Actualización del 20/05/2020, pág. 4.

de equipos de protección individual conforme al riesgo y la transmisibilidad, o su correcta colocación y retirada. Establece como deber el portar el equipo de protección para quienes atiendan a pacientes confirmados, probables o en investigación, tomen muestras clínicas o trasladen a los mismos, según el riesgo, con el fin de evitar la transmisión. Por el contrario, no considera necesaria para la atención a pacientes que tengan el virus el empleo de doble guante, gorros y calzas.¹⁶

De igual manera se hace alusión al personal sanitario en otro documento titulado “Procedimiento de actuación frente a casos de infección por el nuevo coronavirus (SARS-Cov-2)”, reflejando a su vez medidas de prevención y control del virus. En relación con ello, al igual que en el anterior texto, se requiere que el personal sanitario porte el equipo de protección individual cuando atienda a personas infectadas por Covid-19, para prevenir su transmisión a través de las gotas o contacto, y hace alusión a la bata, mascarilla, guantes y protección ocular para las salpicaduras. Para la mascarilla a la que se hace mención, añade que será “quirúrgica o FFP2 si hay disponibilidad y siempre asegurando la existencia de stocks suficientes para las situaciones en las que su uso esté indicado de forma más priorizada”.¹⁷

III. POSIBILIDAD DE CONCEPCIÓN DEL COVID-19 COMO ENFERMEDAD PROFESIONAL RESPECTO DE LOS PROFESIONALES SANITARIOS

1. Conceptualización de la enfermedad profesional

El artículo 157 de la Ley General de la Seguridad Social establece el concepto de enfermedad profesional reflejando lo siguiente: “Se entenderá por enfermedad profesional 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. En tales disposiciones se establecerá el procedimiento que haya de observarse para la inclusión en

¹⁶ MINISTERIO DE SANIDAD. “Prevención y control de la infección... cit., págs. 4 y ss.

¹⁷ MINISTERIO DE SANIDAD. “Procedimiento de actuación frente a casos de infección por el nuevo coronavirus (SARS-CoV-2). Actualización del 11/04/2020, págs. 5-6.

dicho cuadro de nuevas enfermedades profesionales que se estime deban ser incorporadas al mismo. Dicho procedimiento comprenderá, en todo caso, como trámite preceptivo, el informe del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad”.

En el anexo 1 del Real Decreto 1299/2006, de 10 de noviembre se regula el cuadro de enfermedades profesionales¹⁸ ordenadas por grupos según el agente causante y está definida la lista de actividades profesionales que se relacionan con la contracción de la enfermedad. Existen distintos sistemas en lo que respecta a la caracterización de esta contingencia, como son el de lista cerrada, abierto o mixto. En España el modelo que se aplica es el de lista, que “permite la existencia de una presunción *iuris et de iure* en su etiología laboral”.¹⁹ A este respecto, solo podrán ser consideradas como enfermedad profesional los supuestos que figuren regulados.

El grupo 3 de enfermedades profesionales se compone por aquellas que están causadas por agentes biológicos, que el artículo 2 del Real Decreto 664/1997, de 12 de mayo, define como “microorganismos”.²⁰ Entre los supuestos contemplados se encuentran las “[e]nfermedades infecciosas causadas por el trabajo de las 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 R.D. 664/1997, de 12 de mayo regulador de la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos durante el trabajo”.²¹ Se incluye en esta categoría al personal sanitario entre otros.

¹⁸ Real Decreto 1299/2006, de 10 de noviembre, por el que se aprueba el cuadro de enfermedades profesionales en el sistema de la Seguridad Social y se establecen criterios para su notificación y registro. Anexo 1. Cuadro de enfermedades profesionales. Grupo 1: Enfermedades profesionales causadas por agentes químicos. Grupo 2: Enfermedades profesionales causadas por agentes físicos. Grupo 3: Enfermedades profesionales causadas por agentes biológicos. Grupo 4: Enfermedades profesionales causadas por inhalación de sustancias y agentes no comprendidas en otros apartados. Grupo 5: Enfermedades profesionales de la piel causadas por sustancias y agentes no comprendidos en alguno de los otros apartados. Grupo 6: Enfermedades profesionales causadas por agentes carcinogénicos.

¹⁹ BLASCO LAHOZ, JF. *Las contingencias profesionales de la seguridad social*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pág. 90.

²⁰ Real Decreto 664/1997, de 12 de mayo, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos durante el trabajo. Artículo 2. Definiciones. A efectos del presente Real Decreto se entenderá por: a) Agentes biológicos: microorganismos, con inclusión de los genéticamente modificados, cultivos celulares y endoparásitos humanos, susceptibles de originar cualquier tipo de infección, alergia o toxicidad. b) Microorganismo: toda entidad microbiológica, celular o no, capaz de reproducirse o de transferir material genético. c) Cultivo celular: el resultado del crecimiento «in vitro» de células obtenidas de organismos multicelulares.

²¹ Real Decreto 1299/2006, de 10 de noviembre, por el que se aprueba el cuadro de enfermedades profesionales en el sistema de la Seguridad Social y se establecen criterios para su notificación y registro. Anexo 1. Cuadro de enfermedades profesionales (codificación). Grupo 3. Agente A. Subagente 01.

Para que sea posible determinar cuándo alguien padece una enfermedad profesional, deberá estar recogida la actividad de que se trate en el cuadro de enfermedades profesionales, así como necesariamente, tendrá que encontrarse contemplado el agente que ha causado la enfermedad. Es necesario que haya una relación causal entre el elemento que ha motivado la enfermedad y ésta, puesto que tal y como indica LÓPEZ GANDÍA se tiene que haber producido como consecuencia del trabajo y no por ocasión de éste.²² En definitiva, es preceptivo que se trate de una enfermedad surgida como consecuencia del trabajo que se realiza, que se haya contraído en el desempeño de alguna de las actividades listadas y que tenga su origen en los elementos o sustancias establecidos para cada enfermedad entendida como profesional. Siendo así, quedan fuera de este ámbito las patologías que aun habiéndose desencadenado en el trabajo, no cumplan los requisitos y no estén contempladas en el cuadro de enfermedades profesionales.

Dentro de lo que se conoce como contingencia profesional, además de la enfermedad profesional está el accidente de trabajo, definido por el artículo 156 de la Ley General de la Seguridad Social como “toda lesión corporal que el trabajador sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena”. Un dato a tomar en consideración son las garantías de protección que ofrece el que una contingencia sea catalogada como profesional, las cuales no son aplicadas en general a las prestaciones en un proceso por enfermedad común, ya que en el ámbito de la Seguridad Social se devengarán automáticamente prestaciones respecto del trabajador afectado.

2. Posibilidad de inclusión del Covid-19 como enfermedad profesional

No cabe duda de que la pandemia que ha originado el “Coronavirus” es un hecho sin precedentes. Tiempo atrás fue de público conocimiento el caso sucedido en Madrid cuando una auxiliar de enfermería se infectó de ébola en su trabajo. Los hechos que acontecieron motivaron incluso una querrela por parte de una asociación, que fue inadmitida, contra diferentes personalidades, entre ellas el Presidente del Gobierno, como

²² LÓPEZ GANDÍA, J. “Aspectos jurídicos del daño corporal producido por accidente de trabajo o enfermedad profesional”, en LÓPEZ GANDÍA, J; BLASCO LAHOZ, JF. *Curso de prevención de riesgos laborales*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pág. 46.

refleja el Auto del Tribunal Supremo, de 5 de diciembre de 2014.²³ Trata de este caso también el Auto 467/2017 emitido por la Audiencia Provincial de Madrid, de 8 de junio de 2017, acerca del recurso interpuesto por la afectada, junto con asociaciones y sindicatos, que fue también inadmitido, en el que consideraban, entre otros asuntos, la infracción de las normas de prevención de riesgos laborales por parte del hospital donde se había contagiado la trabajadora.²⁴ Más allá de casos como al que se ha hecho mención, la situación actual es algo que no se había planteado, lo que genera un reto acerca de si sería posible la inclusión de este nuevo virus como enfermedad profesional. En lo que respecta al personal sanitario que se encuentra trabajando, tanto en centros públicos como privados, sin olvidar otros gremios definidos como actividades esenciales, que no han dejado de trabajar cara al público, es preciso poner de manifiesto el hecho de que hay una gran cantidad de infectados.

Para poder determinar si existiría la posibilidad de que fuera categorizado como enfermedad profesional respecto del personal sanitario, resulta necesario apreciar si se cumplen los requisitos que se requieren para su aceptación, es decir, el nexo causal entre la enfermedad y el trabajo, y la actividad laboral de que se trate, junto con el agente que lo ha causado. No obstante, es preciso tomar en consideración que, para quienes se infecten a consecuencia de la realización de su trabajo, se ha decidido que la situación por incapacidad temporal a causa del Covid-19 sea entendida como accidente de trabajo, según el caso. Es incierto el rumbo que van a tomar los acontecimientos respecto a este nuevo virus pero, en caso de que perdure en el tiempo, habría que valorar si existe la posibilidad de que se considere enfermedad profesional.

2.1. Consideración actual del Covid-19 como accidente de trabajo

En el 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, se dispuso en su artículo quinto²⁵ que de manera excepcional, los periodos de

²³ ATS (Sala 2ª) de 05/12/2014. (ECLI: ES:TS:2014:9985ª).

²⁴ AAP (Sala de lo Penal) 467/2017, de 08/06/2017. (ECLI: ES:APM:2017:2554ª).

²⁵ 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. Artículo quinto. Consideración excepcional como situación asimilada a accidente de trabajo de los periodos de aislamiento, contagio o restricción en las salidas del municipio donde tengan el domicilio de las personas trabajadoras como consecuencia del virus COVID-19. 1. Al objeto de proteger la salud pública, se considerarán, con carácter excepcional,

aislamiento, contagio o restricción en las salidas del municipio donde se tenga el domicilio de los trabajadores a razón del Covid-19 se consideraría como situación asimilada al accidente de trabajo. Dicho artículo contenía esta previsión aclarando que es exclusivamente a efectos de la prestación económica derivada de incapacidad temporal en el sistema de Seguridad Social, y añadía que sería considerada como accidente de trabajo, entendiendo esta variante en toda la extensión del concepto, en caso de que se probara que la infección tenía como causa exclusiva el desempeño del trabajo, comprendido este a tenor de lo que dispone el artículo 156.1 de la Ley General de la Seguridad Social, lo que significa que sea entendido como tal cuando el contagio se haya sufrido “con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena”.²⁶ Sin embargo, con posterioridad a la publicación de esa situación “asimilada”, esto se ha modificado por el Real Decreto 19/2020, de 26 de mayo, pasando a considerarse como accidente de trabajo a todos los efectos²⁷ para las incapacidades o fallecimientos de los profesionales empleados en centros sanitarios y sociosanitarios por haber estado expuestos al riesgo.

situación asimilada a accidente de trabajo, exclusivamente para la prestación económica de incapacidad temporal del sistema de Seguridad Social, aquellos periodos de aislamiento o contagio de las personas trabajadoras provocados por el virus COVID-19, salvo que se pruebe que el contagio de la enfermedad se ha contraído con causa exclusiva en la realización del trabajo en los términos que señala el artículo 156 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, en cuyo caso será calificada como accidente de trabajo. [...].

²⁶ 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. Artículo 156. Concepto de accidente de trabajo. 1. “Se entiende por accidente de trabajo toda lesión corporal que el trabajador sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena. [...]”.

²⁷ Real Decreto-ley 19/2020 de 26 de mayo, por el que se adoptan medidas complementarias en materia agraria, científica, económica, de empleo y Seguridad Social y tributarias para paliar los efectos del COVID-19. Artículo 9. Consideración como contingencia profesional derivada de accidente de trabajo las enfermedades padecidas por el personal que presta servicio en centros sanitarios o socio-sanitarios como consecuencia del contagio del virus SARS-CoV2 durante el estado de alarma. 1. “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”. 2. “Esta previsión se aplicará a los contagios del virus SARS-CoV2 producidos hasta el mes posterior a la finalización del estado de alarma, acreditando este extremo mediante el correspondiente parte de accidente de trabajo que deberá haberse expedido dentro del mismo periodo de referencia”. 3. “En los casos de fallecimiento, se considerará que la causa es accidente de trabajo siempre que el fallecimiento se haya producido dentro de los cinco años siguientes al contagio de la enfermedad y derivado de la misma, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 217.2 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social”.

Esta nueva consideración se justifica, según el art. 9 de la norma citada, en que entienden cumplidos los requisitos exigidos para ser considerado como tal, según el concepto que establece el art. 156 LGSS acerca del accidente de trabajo, al comprender en el apartado 2-e que son también consideradas dentro de esta contingencia las enfermedades contraídas por los trabajadores con motivo de la realización de su trabajo, que no están incluidas como enfermedades profesionales según el artículo 157 de la misma ley, cuando se pruebe que la enfermedad tenga por causa exclusiva el ejercicio del trabajo.²⁸ Por tanto, hasta cierto punto, es entendible que la situación de incapacidad por el virus que acontece se identifique con el accidente de trabajo, sin embargo, la previsión del contagio por Covid-19 como accidente de trabajo únicamente se va a extender hasta un mes después de que finalice el Estado de Alarma, y para el caso de fallecimiento, esta previsión solamente se aplicará si se ha producido dentro de los cinco años siguientes al contagio del virus, siempre que sea derivado del mismo.

Tanto si se concibe como accidente de trabajo o bajo la enfermedad profesional, en ambos supuestos, cuando el contagio se haya producido por la falta de medios de protección reglamentarios, inutilizados o en malas condiciones, o no se hayan observado las medidas de seguridad y salud necesarias, la adecuación personal a cada trabajo según las características del trabajador, el artículo 164 LGSS dispone que se aumentarán las prestaciones de un 30 a un 50%, según la gravedad, lo que se denomina el “recargo de prestaciones” que recae sobre el empresario infractor y no es asegurable, siendo independiente y compatible con las responsabilidades que puedan surgir por la infracción.²⁹ De igual manera, en las dos contingencias no se exigen periodos previos de

²⁸ LGSS. Artículo 156.2 e. “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”.

²⁹ LGSS. Artículo 164. Recargo de las prestaciones económicas derivadas de accidente de trabajo o enfermedad profesional. 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”. 2. “La responsabilidad del pago del recargo establecido en el apartado anterior recaerá directamente sobre el empresario infractor y no podrá ser objeto de seguro alguno, siendo nulo de pleno derecho cualquier pacto o contrato que se realice para cubrirla, compensarla o transmitirla”. 3. “La responsabilidad que regula este artículo es independiente y compatible con las de todo orden, incluso penal, que puedan derivarse de la infracción”.

cotización para el acceso a las prestaciones a las que se tenga derecho derivadas de las mismas.³⁰

En cambio, mientras que en el caso de accidente de trabajo se estará en situación de incapacidad temporal con un máximo de 365 días prorrogables por 180 días cuando se presuma que el trabajador puede ser dado de alta en ese tiempo, cuando se trata de enfermedad profesional, la incapacidad temporal es el periodo de observación de la misma, con una duración máxima de 6 meses, prorrogables por otros 6 cuando sea necesario³¹ y, cuando sea posible, se podrá efectuar el traslado de puesto de trabajo. Además, el reconocimiento de la enfermedad profesional es imprescriptible, puede ser estimada en cualquier momento posterior sin el límite establecido para el accidente de trabajo de la superación de la edad de jubilación, por lo que es posible la compensación de secuelas que puedan sobrevenir en un futuro. Además, a tenor del artículo 243 LGSS³² el riesgo de enfermedad profesional en un puesto de trabajo implica la obligatoriedad de realización de reconocimientos médicos a los trabajadores, corriendo a cargo de la empresa, y limitando el hecho de que no se pueda contratar a trabajadores que resulten no aptos en el reconocimiento para el puesto del que se trate, así como tampoco es posible mantener a un trabajador en el puesto afecto por el riesgo, cuando en posteriores reconocimientos no se mantenga la aptitud, aunque inicialmente así fuera.

³⁰ LGSS. Artículo 165.4. “No se exigirán períodos previos de cotización para el derecho a las prestaciones derivadas de accidente, sea o no de trabajo, o de enfermedad profesional, salvo disposición legal expresa en contrario”.

³¹ LGSS. Artículo 169. Concepto. 1. “Tendrán la consideración de situaciones determinantes de incapacidad temporal: a) Las debidas a enfermedad común o profesional y a accidente, sea o no de trabajo, mientras el trabajador reciba asistencia sanitaria de la Seguridad Social y esté impedido para el trabajo, con una duración máxima de trescientos sesenta y cinco días, prorrogables por otros ciento ochenta días cuando se presuma que durante ellos puede el trabajador ser dado de alta médica por curación. b) Los períodos de observación por enfermedad profesional en los que se prescriba la baja en el trabajo durante los mismos, con una duración máxima de seis meses, prorrogables por otros seis cuando se estime necesario para el estudio y diagnóstico de la enfermedad. [...]”.

³² LGSS. Artículo 243. Normas específicas para enfermedades profesionales. 1. “Todas las empresas que hayan de cubrir puestos de trabajo con riesgo de enfermedades profesionales están obligadas a practicar un reconocimiento médico previo a la admisión de los trabajadores que hayan de ocupar aquellos y a realizar los reconocimientos periódicos que para cada tipo de enfermedad se establezcan en las normas que, al efecto, apruebe el Ministerio de Empleo y Seguridad Social”. 2. “Los reconocimientos serán a cargo de la empresa y tendrán el carácter de obligatorios para el trabajador, a quien abonará aquella, si a ello hubiera lugar, los gastos de desplazamiento y la totalidad del salario que por tal causa pueda dejar de percibir”. 3. Las indicadas empresas no podrán contratar trabajadores que en el reconocimiento médico no hayan sido calificados como aptos para desempeñar los puestos de trabajo de que se trate. Igual prohibición se establece respecto a la continuación del trabajador en su puesto de trabajo cuando no se mantenga la declaración de aptitud en los reconocimientos sucesivos. [...]”.

En base al citado artículo 156 LGSS sobre el accidente de trabajo, surge la cuestión del hecho de que se tenga que probar el origen del contagio en el trabajo para que pueda ser así entendido, puesto que recae la carga de la prueba sobre el trabajador que contrae la enfermedad. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de A Coruña de 29 de septiembre de 2019 acerca de un enfermero que había sido diagnosticado de Tuberculosis, habiéndose considerado inicialmente como enfermedad común, y más tarde, en la sentencia recurrida se declaraba su contingencia como enfermedad profesional. Frente a ello, el Instituto Nacional de la Seguridad Social argumentó, en relación al nexo causal que necesariamente debe haber en esta contingencia profesional, que el hecho de que se exija para calificarla como tal que se trate de enfermedades infecciosas causadas por el trabajo, exigía la necesidad de acreditar esta relación, debido a las mayores posibilidades de contagio de dicha patología en un centro médico. A la luz de esta afirmación, el Tribunal ha reflejado que: “Sin embargo, el concepto de "enfermedad profesional" ex art.157 LGSS lo que pretende es flexibilizar la carga probatoria en aquellos supuestos de enfermedades listadas; ahí está precisamente la diferencia esencial, en cuanto a la exigencia de prueba de la causalidad, respecto de la enfermedad del trabajo o enfermedad como accidentes de trabajo, donde se exige "que se pruebe que la enfermedad tuvo por causa exclusiva la ejecución del trabajo" (artículo 156.2.e de la Ley General de la Seguridad Social)”.³³

En la misma línea ahonda la STSJ de Burgos, de 8 de octubre de 2018, que versaba sobre una trabajadora de una fábrica de quesos a la que se le había reconocido una incapacidad permanente para el ejercicio de su profesión por afectación de enfermedad profesional. En este supuesto, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo en lo concerniente a la carga de la prueba en la enfermedad profesional, consideró que “[l]a consecuencia principal de la calificación radica más bien en la 'prueba del nexo causal lesión-trabajo' para la calificación de laboralidad; en virtud de la presunción contenida en el art. 116 LGSS tal prueba no se exige al trabajador en ningún caso en las enfermedades profesionales listadas (SSTS 19-7-1991, STS 28-1-1992, 24-9-1992), mientras que sí se pide en principio en los accidentes de trabajo en sentido estricto”. Añade además que “[e]l concepto legal de enfermedad profesional recoge una presunción a favor de su existencia

³³ STSJ Coruña (Sala de lo Social) de 27/09/2019. (ECLI: ES:TSJGAL:2019:5181).

cuando la enfermedad está catalogada y se contrajo en una de las actividades previstas como causante del riesgo”.³⁴

Se puede observar que la Sala de lo Social del Tribunal Supremo también hace similares declaraciones en la Sentencia de 11 de febrero de 2020, que versaba acerca de una trabajadora camarera de pisos que padecía el Síndrome del Túnel Carpiano, habiéndose conceptualizado en un primer momento como enfermedad común, en la que reclamaba la actora se declarara el reconocimiento de que estaba afectada por enfermedad profesional, pero tanto la primera como la segunda instancia habían desestimado su pretensión³⁵. En el recurso menciona la afectada la STS de 05 de noviembre de 2014, en la que se había estimado el recurso interpuesto por una limpiadora aquejada también de la misma enfermedad.

Se traen a colación en esta resolución afirmaciones del Alto Tribunal cuando cita sentencias anteriores exponiendo que “[l]a jurisprudencia de esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo, a partir de la sentencia de 19 de mayo de 1986, ha venido señalando, que a diferencia del accidente de trabajo respecto del que es necesaria la "prueba del nexo causal lesión-trabajo" para la calificación de laboralidad, "en virtud de la presunción contenida en el artículo 116 de la Ley General de la Seguridad Social tal prueba no se exige al trabajador en ningún caso en las enfermedades profesionales listadas", poniendo de relieve con ello que el sistema vigente en nuestro ordenamiento conlleva una paladina seguridad jurídica ya que se presumen *iuris et de iure* enfermedades profesionales todas las enfermedades listadas, antes en el Real Decreto Real Decreto 1995/1978, y ahora en el vigente Real Decreto 1299/2006”.³⁶ En la STS de 20 de diciembre de 2007, se pone de manifiesto que es la línea jurisprudencial seguida que para la calificación de laboralidad de la enfermedad profesional que se encuentra listada no es necesario que se pruebe el nexo causal, mientras que ello sí se requiere en los accidentes de trabajo.³⁷

Si se reúnen los requisitos necesarios para conceptualizar una patología como enfermedad profesional se crea una presunción *iuris et de iure* a su favor. Su concepto,

³⁴ STSJ Burgos (Sala de lo Social) 621/2018, de 08/10/2018. (ECLI: ES:TSJCL:2018:3549).

³⁵ STS (Sala 4ª) 122/2020, de 11/02/2020. (ECLI: ES:TS:2020:725).

³⁶ STS (Sala 4ª) de 05/11/2014. (ECLI: ES:TS:2014:5221).

³⁷ STS (Sala 4ª) de 20/12/2007. (ECLI: ES:TS:2007:9010).

en atención a las circunstancias exigidas para estimarla, es más estricto que el de accidente de trabajo. No obstante, cuando hayan sido acreditadas las condiciones para su reconocimiento, al existir dicha presunción legal, no se admitirá prueba en contra.³⁸ En definitiva, la importancia de considerar el nuevo Covid-19 como enfermedad profesional, en vez de como accidente de trabajo, no radica en el concepto de una u otra, puesto que ambas son contingencias profesionales, sino en que la enfermedad profesional ofrece unas mejores garantías y que con dicha consideración se facilitaría la conexión entre el contagio del virus y el trabajo, de manera que automáticamente, si un profesional sanitario contrae el virus, que puede tener graves consecuencias, incluso el fallecimiento, se presume que lo ha contraído por consecuencia de su trabajo teniendo en cuenta la facilidad con que se propaga, ya que si el padecimiento del Covid-19 es considerado como accidente de trabajo, ello dificulta el nexo causal, y requiere que los sanitarios tengan que probar que el contagio se produjo en el desempeño de su actividad.

2.2. Requisitos para la consideración de enfermedad profesional

Tal y como afirma la STS de 18 de mayo de 2015, para saber si estamos ante una enfermedad profesional, hay que analizar si se reúnen los tres requisitos que establece el artículo 157 LGSS, es decir, que la enfermedad provenga como consecuencia del trabajo realizado por cuenta ajena, que se trate de alguna de las actividades especificadas para esta contingencia, y que tenga su origen en la acción de elementos y sustancias que están determinados para cada enfermedad.³⁹ En la STSJ de 1 de marzo de 2019 se afirma que “Por tanto, no cabe identificar enfermedad profesional con enfermedad contraída por razón del trabajo. Su concepto legal es mucho más reducido al precisarse que, además de este requisito, concurra que tanto la enfermedad, como la causa que la produce, sean algunas de las que, por razón de la asiduidad con que se ocasiona, figuran en una lista oficial”.⁴⁰ En vista de estos factores, es preciso dilucidar si el Covid-19 sería susceptible de encajar dentro de su concepto.

2.2.1. Trabajo por cuenta ajena y nexo causal

³⁸ BENAVIDES VICO, A. *Desempleo, incapacidad, jubilación y viudedad/orfandad*. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015, págs. 54-55.

³⁹ STS (Sala 4ª) de 18/05/2015. ECLI: ES:TS:2015:3031

⁴⁰ STSJ Barcelona (Sala de lo Social) 1083/2019, de 01/03/2019. ECLI: ES:TSJCAT:2019:1403

El ámbito subjetivo se concentra en los trabajadores por cuenta ajena, conforme a lo dispuesto en el artículo 7.1 LGSS, que remite al artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores para definir quiénes entran dentro de esta categoría. Este precepto refiere que “Esta ley será de aplicación a los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario”.⁴¹ A tenor de ello, el trabajador por cuenta ajena al que se refiere el artículo que conceptúa la enfermedad profesional, es aquel que se encuentra empleado por otra persona, bajo su dirección y ámbito organizativo. En el presente caso, estos trabajadores son los profesionales sanitarios que trabajan por cuenta ajena en centros médicos, ya sea en el ámbito público o privado, por lo que encajan dentro de la definición.

En lo que respecta al personal sanitario, el documento redactado por el Ministerio de Sanidad refleja lo siguiente en lo que concierne a los contagios: “El alto contagio entre el personal sanitario podría atribuirse a diferentes factores. En la fase inicial del conocimiento de la enfermedad, aunque la transmisión comunitaria era inexistente o muy baja, el desconocimiento de la transmisión de la infección a partir de casos asintomáticos pudo generar casos entre sanitarios indebidamente protegidos. Del mismo modo, esta transmisión por escasa protección pudo ocurrir posteriormente por el grave problema mundial de desabastecimiento de equipos. En un escenario de transmisión comunitaria sostenida, aún con medios suficientes para protegerse en el entorno laboral, los sanitarios también podrían haber contraído la infección en la comunidad o en el centro sanitario en zonas donde no utilizaban equipos de protección”.⁴² No es nada en firme, lo que está claro es que en este texto se acepta que la infección de los trabajadores ha sucedido mientras estaban trabajando. El riesgo de exposición al virus al que está sometido el personal sanitario al que acceden personas con el virus hace que sea más fácil el contagio.

Es necesario que haya una relación de causalidad, y por consiguiente, que la enfermedad sea consecuencia de la realización de un determinado trabajo o manejo de sustancias que esté listado en el cuadro de enfermedades profesionales. En el Real

⁴¹ Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Artículo 1. Ámbito de aplicación. 1. Esta ley será de aplicación a los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario.

⁴² MINISTERIO DE SANIDAD. “Información científica... cit., pág. 10.

Decreto 1299/2006, de 10 de noviembre, se encuentra contemplado, dentro de las enfermedades causadas por agentes biológicos, al personal sanitario. En caso de que el Covid-19 fuera incluido dentro de esta contingencia profesional, se cumpliría el nexo causal, dado que, el virus se contrae en el centro médico cuando los trabajadores sanitarios se encuentran realizando sus funciones, entre las que se encuentran, atender a personas que se confirma tienen el virus, o que pueden tenerlo.

2.2.2. Actividad, acción de elementos y sustancias

La actividad mediante la que se ha contraído la enfermedad debe encontrarse recogida en el cuadro legal de enfermedades profesionales, por consiguiente, su adquisición debe suceder en alguna de las actividades previstas, no siendo suficiente que se haya adquirido a consecuencia del trabajo. En este punto, es preciso tener en cuenta que para las enfermedades causadas por agentes biológicos se prevé como actividad el personal sanitario respecto de “[e]nfermedades infecciosas causadas por el trabajo de las 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 R.D. 664/1997, de 12 de mayo regulador de la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos durante el trabajo)”.⁴³ En vista de ello, es razonable entender que el Covid-19 podría encajar dentro de este concepto.

La enfermedad tiene que haber sido originada por los elementos o sustancias que estén incluidos para las actividades también listadas. El agente que se encuentra listado para el personal sanitario es la enfermedad infecciosa en las circunstancias que se prevén en el cuadro. A este respecto, para poder aceptar al Covid-19 como enfermedad profesional, sería necesaria su valoración acorde al enunciado previsto, o incluir directamente al agente biológico, es decir, al virus, como el elemento de origen de la enfermedad y al personal sanitario como actividad en la que está previsto que puede producirse la infección. En definitiva, este nuevo virus puede estar ubicado dentro del cuadro de enfermedades profesionales, como enfermedad infecciosa en el desarrollo de

⁴³ Real Decreto 1299/2006, de 10 de noviembre, por el que se aprueba el cuadro de enfermedades profesionales en el sistema de la Seguridad Social y se establecen criterios para su notificación y registro. Anexo 1. Cuadro de enfermedades profesionales (codificación). Grupo 3. Agente A.

la actividad del personal sanitario, aunque la escasa precisión del concepto incluido puede conllevar a la necesidad de probar que se ha contraído en el trabajo.

En este sentido, el Tribunal Superior de Justicia de lo Social de A Coruña, en la reciente sentencia de 18 de febrero de 2020, ha desestimado el recurso interpuesto por una persona que trabajaba como auxiliar de enfermería y que desarrolló la enfermedad “lupus”, por lo que se la declaró en situación de incapacidad permanente. Sin embargo, reclamaba esta se estimara que su incapacidad derivaba de enfermedad profesional. En la resolución el Tribunal puntualiza lo siguiente: “En el presente caso, tal y como acertada y profusamente argumenta la juzgadora de instancia, no existe evidencia alguna de que la actora haya contraído el lupus eritematoso como consecuencia de la realización de su trabajo, ni tampoco que la misma sea una enfermedad infecciosa”.⁴⁴ En definitiva, si se entendiera que puede incluirse dentro de lo que ya figura en el Anexo I, al no estar precisada la enfermedad o agente biológico exactamente que se requiere para obtener la calificación de enfermedad profesional se podría requerir su probanza.

IV. REFLEXIONES ACERCA DE LA POSIBLE RESPONSABILIDAD CIVIL POR INCUMPLIMIENTO DE LAS MEDIDAS DE PREVENCIÓN ANTE EL CONTAGIO DE PERSONAL SANITARIO POR COVID-19

1. Aproximación a la responsabilidad civil en materia de prevención de riesgos laborales

En el artículo 14 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales se establece el deber de protección del empresario frente al trabajador⁴⁵. A tenor de lo establecido en dicho precepto, el empresario es garante de proteger a sus empleados de los riesgos laborales que entrañen el puesto de trabajo que ocupen. En conexión con ello se encuentra el surgimiento de responsabilidad administrativa, y en su caso, penal y/o civil, ante un incumplimiento del empleador en materia de prevención de riesgos laborales, tal y como

⁴⁴ STSJ Coruña (Sala de lo Social) 900/2020, de 18/02/2020. (ECLI: ES:TSJGAL:2020:325).

⁴⁵ Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales. Artículo 14. Derecho a la protección frente a los riesgos laborales. “1. 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. [...]”.

dispone el artículo 42⁴⁶ de la misma Ley. En la línea del contenido de dicho precepto ROMERAL HERNÁNDEZ afirma lo siguiente: “Es antigua la doctrina que establece que cuando se produce un accidente de trabajo, del que se desprenden daños para el trabajador, se activan una serie de mecanismos destinados a reparar los daños originados”.⁴⁷

El apartado tercero del artículo 42 LPRL define la compatibilidad entre la responsabilidad administrativa y la responsabilidad civil que pueda proceder. Por tanto, partiendo del deber general de protección, ante un accidente de trabajo o enfermedad profesional, el incumplimiento de la normativa puede facultar al trabajador a solicitar una indemnización por daños y perjuicios bajo la concurrencia de determinados presupuestos. A este respecto, ALMENDROS GONZÁLEZ considera que “[e]n todo caso, cuando se produce un daño por enfermedad profesional derivada de un incumplimiento de una obligación empresarial en materia de prevención de riesgos laborales, además de las responsabilidades administrativas o penales, también dará lugar a las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados (todo ello conforme al artículo 42.1 de la LPRL). Por tanto, son compatibles tanto las responsabilidades públicas (administrativas o penales) como las privadas (ya sean contractuales o extracontractuales).”⁴⁸

Refiere YZQUIERDO TOLSADA que en el ámbito de las contingencias profesionales “la Seguridad Social atribuye una cantidad fija a cada tipo de lesión”, siendo indiferentes las circunstancias que supongan para una víctima u otra las lesiones sufridas, puesto que este sistema no toma en consideración las peculiaridades, actuando las prestaciones de manera automática. A este respecto, concluye que, a diferencia de la responsabilidad laboral, “que obliga al empresario a través de la Seguridad Social”, en el caso de la responsabilidad civil, se obliga que el empresario repare el daño que ha causado. Por

⁴⁶ Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales. Artículo 42. Responsabilidades y su compatibilidad. “1. El incumplimiento por los empresarios de sus obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales dará lugar a responsabilidades administrativas, así como, en su caso, a responsabilidades penales y a las civiles por los daños y perjuicios que puedan derivarse de dicho incumplimiento. 2. (Derogado) 3. Las responsabilidades administrativas que se deriven del procedimiento sancionador serán compatibles con las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados y de recargo de prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social que puedan ser fijadas por el órgano competente de conformidad con lo previsto en la normativa reguladora de dicho sistema”.

⁴⁷ ROMERAL HERNÁNDEZ, J. “Daños por accidente de trabajo y criterios de cuantificación” en *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 16, 2008, págs. 49 y ss. (Consultado online).

⁴⁸ ALMENDROS GONZÁLEZ, MA. “Enfermedad profesional e indemnización por daños y perjuicios al trabajador” en *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 5, 2012. (Consultado online).

consiguiente, confirma que el hecho de que se haya obtenido una determinada suma por el sistema público de aseguramiento social, ello no es excluyente de “la posibilidad de obtener la indemnización que corresponda al amparo de las normas civiles”.⁴⁹ La responsabilidad civil tiene por tanto un carácter complementario respecto de la acción social.

El Tribunal Supremo ha declarado que “[p]ueden existir acciones diferentes para alcanzar la total compensación del daño ocasionado por un accidente de trabajo; la compatibilidad no queda excluida cuando mediante las prestaciones de la Seguridad Social no se alcanza la completa reparación del daño causado”. No obstante, matiza esta aseveración, declarando que “no debe existir una independencia absoluta de lo percibido en concepto de indemnizaciones por las contingencias aseguradas y por las de responsabilidad civil complementaria”. En este sentido, considera que de lo que se trata es de completar las indemnizaciones ya percibidas por la Seguridad Social o de indemnizar un daño distinto, hasta la satisfacción de lo que realmente se ha sufrido.⁵⁰

Como es sabido, y así lo afirma BLASCO LAHOZ “La responsabilidad civil consiste en una indemnización de daños y perjuicios a fijar por el Tribunal competente con carácter discrecional en atención a los daños efectivamente producidos”.⁵¹ Esta indemnización variará en función de los daños que hayan concurrido y de sus consecuencias. Según SALA FRANCO “La responsabilidad civil es una responsabilidad por daños, que sanciona resultados y no conductas”.⁵² Es en definitiva el juez quien, basándose en distintos criterios, y en atención al resultado de los hechos, determinará si es procedente una indemnización, y en caso afirmativo, en qué cuantía.

La responsabilidad civil que pueda proceder ante un incumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales por parte del empresario puede ser de

⁴⁹ YZQUIERDO TOLSADA, M. “Responsabilidad civil por accidentes de trabajo”, en REGLERO CAMPOS, LF; BUSTO LAGO, JM. (Coord.), *Tratado de Responsabilidad Civil*. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014, págs. 1857 y ss. (Consultado online).

⁵⁰ STS (Sala 1ª) 688/2008, de 24/07/2008. (ECLI: ES:TS:2008:4242).

⁵¹ BLASCO LAHOZ, JF. “Responsabilidades y sanciones en materia de prevención de riesgos laborales”, en LÓPEZ GANDÍA, J; BLASCO LAHOZ, JF. *Curso de prevención de riesgos laborales*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pág. 282.

⁵² SALA FRANCO, T. *Derecho de la prevención de riesgos laborales*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pág. 237.

naturaleza contractual según el artículo 1101⁵³ o extracontractual siguiendo lo dispuesto en el artículo 1902⁵⁴ del Código Civil. Se trata de una responsabilidad que corresponde generalmente al empresario, pero también puede haber otros responsables como puede ser en el caso de subcontratas. La responsabilidad contractual será necesariamente frente al trabajador, que es con quien se tiene la obligación y el vínculo contractual. Sin embargo, puede surgir una eventual responsabilidad frente a terceros de naturaleza extracontractual.

La responsabilidad frente a terceros cabe en distintos casos, cuando como consecuencia de la actuación del empresario, se ha producido un daño que afecta a terceras personas, no insertas en la relación contractual. Un ejemplo de ello es la reclamación de responsabilidad civil en caso de fallecimiento de un trabajador. Recientemente, en la sentencia 99/2020, el Tribunal Supremo ha estimado el recurso interpuesto por los herederos de un trabajador fallecido por exposición al amianto, que está categorizada como enfermedad profesional, en reclamación de una indemnización por daños y perjuicios.⁵⁵ También puede darse una reclamación en base a la responsabilidad por dependientes del artículo 1903 del Código Civil.⁵⁶ En este sentido, entiende BLASCO LAHOZ que también es posible “Una responsabilidad extracontractual subsidiaria, sólo exigible al empresario cuando un trabajador subordinado causara daños a otro trabajador o a terceros (art. 1903 Código Civil)”.⁵⁷ Se trata de la responsabilidad por hecho ajeno, en virtud de la cual se debe responder por los daños que causan los dependientes en determinadas circunstancias.

⁵³ Código Civil. Artículo 1101. “Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas”.

⁵⁴ Código Civil. Artículo 1902. “El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”.

⁵⁵ STS (Sala 4ª) 99/2020, de 04 de febrero de 2020. (ECLI: ES:TS:2020:420).

⁵⁶ Código Civil. Artículo 1903. La obligación que impone el artículo anterior es exigible no sólo por los actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder. Los padres son responsables de los daños causados por los hijos que se encuentren bajo su guarda. Los tutores lo son de los perjuicios causados por los menores o incapacitados que están bajo su autoridad y habitan en su compañía. Lo son igualmente los dueños o directores de un establecimiento o empresa respecto de los perjuicios causados por sus dependientes en el servicio de los ramos en que los tuvieran empleados, o con ocasión de sus funciones. Las personas o entidades que sean titulares de un Centro docente de enseñanza no superior responderán por los daños y perjuicios que causen sus alumnos menores de edad durante los períodos de tiempo en que los mismos se hallen bajo el control o vigilancia del profesorado del Centro, desarrollando actividades escolares o extraescolares y complementarias. La responsabilidad de que trata este artículo cesará cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño.

⁵⁷ BLASCO LAHOZ, JF. “Responsabilidades y sanciones... cit., pág. 282.

2. Posible derivación de responsabilidad civil por contagio del Covid-19 entre el personal sanitario

Es de conocimiento general el alto número de sanitarios contagiados por Covid-19, en total 40.961 casos confirmados a 11 de mayo de 2020 según informe emitido por el Centro Nacional de Epidemiología⁵⁸, ya que se trata de trabajadores que están muy expuestos a poder tener contacto con personas que tienen el virus. El riesgo de contagio es más elevado respecto de quienes se encuentran trabajando al tener que estar expuestos al trato directo con otras personas, ya sean clientes, pacientes, u otros. Es por ello que, el cumplimiento de la normativa en materia de prevención de riesgos laborales, la protección de la salud y la seguridad de los trabajadores y, por consiguiente, la proporción de equipos de protección individual, como mascarillas, guantes y demás necesarios para este caso por parte del empresario son esenciales.⁵⁹ Sin embargo, ha habido problemas de desabastecimiento y en muchas ocasiones estos no se han proporcionado. Tal y como afirma MORENO BRENES “[e]l mercado de material de protección (EPI) frente a riesgos biológicos (mascarillas, batas quirúrgicas, gafas, guantes...) está dislocado, la demanda excede respecto a lo que fabricantes está ofreciendo (más allá de la especulación) y en consecuencia no existe garantías de que lo que quiera comprar se pueda conseguir en un plazo razonable (y en esta situación, los plazos se cuentan por horas)”.⁶⁰

En caso de ser este nuevo virus concebido como enfermedad profesional, y tomando en consideración su actual incardinación dentro del accidente de trabajo, es preciso ver si podría derivarse responsabilidad civil del empresario frente al personal sanitario que se haya contagiado en los centros sanitarios privados, o patrimonial, respecto de quienes trabajan en los de carácter público, teniendo en cuenta las medidas preventivas propuestas por el Ministerio de Sanidad, en los casos en que no se han respetado las mismas. A estos efectos, existen ya una elevada cantidad de demandas ante diferentes órganos requiriendo que se les faciliten a estos profesionales los EPI necesarios para efectuar su trabajo y se apliquen las medidas preventivas para evitar el contagio. Un

⁵⁸ Análisis de los casos de COVID-19 en personal sanitario notificados a la RENAVE hasta el 10 de mayo en España. 29/05/2020. Enlace:

<https://www.isciii.es/QueHacemos/Servicios/VigilanciaSaludPublicaRENAVE/EnfermedadesTransmisibles/Paginas/InformesCOVID-19.aspx>

⁵⁹ MORENO BRENES, P. “El Estado de Alarma y la prevención de riesgos laborales”, en *Diario La Ley*, núm. 9612, Wolters Kluwer, 2020, pág. 1.

⁶⁰ MORENO BRENES, P. ob. cit., pág. 7.

ejemplo de ello se puede observar en el Auto de 15 de abril de 2020 emitido por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Bilbao, ante la demanda por incumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales, interpuesta a nombre de un sindicato frente al Servicio Vasco de Salud “Osakidetza”.

En este caso, se solicita que se declare como incumplida la normativa de prevención y se condene a “Osakidetza” a tomar las medidas oportunas para proteger “la vida, integridad y salud del colectivo de trabajadores/as que prestan servicios en ella”, y al pago de una indemnización. Además se piden medidas cautelares, requiriendo, entre otras peticiones, la “inmediata puesta a disposición de todos los trabajadores/as de Osakidetza de los EPI necesarios para el desempeño de sus funciones en atención a las recomendaciones de la Organización Mundial de la Salud”, o “la entrega a los trabajadores/as de los EPI correspondientes siguiendo como criterio para ello el riesgo de contagio según las funciones a realizar, priorizando su entrega en aquellos y aquellas sometidos a una mayor exposición a la enfermedad”.⁶¹ La demanda ha sido admitida a trámite, aunque no se ha estimado la petición de medidas cautelares.

Posteriormente, en el auto emitido por el Tribunal Supremo el 20 de abril de 2020 se ha estimado la petición como medida cautelar de “[r]equerir al Ministerio de Sanidad la adopción de todas las medidas a su alcance para que tenga lugar efectivamente la mejor distribución de los medios de protección de los profesionales sanitarios”. En este caso, se interpuso el recurso por parte de la Confederación Estatal de Sindicatos Médicos (CESM) debido a la inactividad del Ministerio de Sanidad, puesto que entienden se ha vulnerado el derecho fundamental a la integridad física y solicitaban medidas cautelares al respecto. En esta resolución, reiteran lo dispuesto en anteriores autos⁶², aceptando que “es notorio que los profesionales sanitarios no han contado con todos los elementos de protección necesarios”.⁶³ A la vista de estas resoluciones, no parece que se hayan aportado los equipos de protección individual necesarios ni empleado las medidas adecuadas en materia de prevención de riesgos laborales.

⁶¹ ATSJ Bilbao (Sala de lo Social) de 15/04/2020. (ECLI: ES:TSJPV:2020:8ª).

⁶² ATS (Sala 3ª) de 25/03/2020 (ECLI: ES:TS:2020:2418ª); ATS (Sala 3ª) de 31/03/2020 (ECLI: ES:TS:2020:2425ª).

⁶³ ATS (Sala 3ª) de 20/04/2020. (ECLI: ES:TS:2020:2446ª).

En el contexto actual, resulta necesario valorar si el personal sanitario que se contagia en su trabajo estaría legitimado para ejercitar la acción civil o, en los casos más graves que desembocan en fallecimiento, los terceros ajenos a la relación contractual. Por otro lado, ante la situación de pandemia que afecta a numerosos Estados, surge la pregunta de qué constituye el alcance de la responsabilidad civil, en el sentido de hasta dónde llega el deber de cuidado del empresario ante sus trabajadores y respecto a las medidas de prevención que debe tomar en un supuesto así, y si se puede apreciar la concurrencia de fuerza mayor que le exonere de responsabilidad.

3. Presupuestos para el surgimiento de responsabilidad civil en el ámbito de la prevención de riesgos laborales

El solo hecho de contagiarse no da lugar a responsabilidad civil, ya que para ello es necesario que concurren determinados requisitos. Así lo refleja el Alto Tribunal en la sentencia de 20 de febrero de 1986: “El tema de la indemnización de daños y perjuicios determinada por el incumplimiento culpable (doloso o culposo) y aún el no culpable (cuando así viene dispuesto en el ordenamiento), por cuanto respecta a la reparación de la lesión que sufra el trabajador (material y moral), aparte de los supuestos tipificados con precisión en el derecho del trabajo, ha determinado jurisprudencia de esta Sala. En ella se impone, para viabilizar el resarcimiento pretendido, la simultaneidad de determinados requisitos, que, singularizados para el conflicto planteado en este proceso, pueden resumirse así: 1. La existencia real de una situación generadora de daños y perjuicios (en el presente recurso, morales tan sólo, pues los materiales han sido reconocidos a la actora en la instancia). 2. Su cabal acreditamiento (de unos y de otros) en el proceso que se inicie instando su resarcimiento. 3. Un probado incumplimiento de la contraparte, determinante de aquella situación. 4. La relación causal clara y directa entre este incumplimiento y aquel daño”.⁶⁴ En definitiva, para solicitar una indemnización por daños y perjuicios ante un accidente de trabajo o enfermedad profesional, hay que constatar la existencia de un incumplimiento por parte del empresario respecto de las normas que rigen la prevención de riesgos laborales; que la conducta por su parte haya sido de carácter culpable o negligente; la efectiva producción de un daño; y el nexo causal entre el incumplimiento y el daño.

⁶⁴ STS (Sala 4ª) de 20/02/1986. (ECLI: ES:TS:1986:11267).

3.1. Incumplimiento por parte del empresario del deber de cuidado

El artículo 96.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social⁶⁵ determina la carga de los deudores de seguridad, es decir el empresario, y a quienes concurren en la producción del resultado lesivo, de probar que se han adoptado las medidas necesarias para prevenir o evitar el riesgo en un proceso sobre responsabilidad por accidente de trabajo o enfermedad profesional, o cualquier factor que excluya o minore la responsabilidad. Añade también este precepto que la culpa no temeraria del trabajador no constituye un elemento exonerador de la responsabilidad y tampoco cuando esa culpa se deba al ejercicio habitual del trabajo o a la confianza que el mismo inspira.

En la sentencia de 8 de octubre de 2001 el Tribunal Supremo puntualizó que la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, en el art. 14.2 establece el deber de garantizar la seguridad y salud de sus trabajadores en cumplimiento del deber de protección; en el art. 15.4 impone la obligación de prever las distracciones o imprudencias no temerarias del trabajador, así como que a tenor del art. 17.1 el empresario es quien debe adoptar las medidas que sean necesarias para que los equipos de trabajo sean adecuados y adaptados al trabajo que se realiza de manera que se garantice la seguridad y salud de los trabajadores y afirmó lo siguiente al respecto: “Del juego de estos tres preceptos se deduce, como también concluye la doctrina científica, que el deber de protección del empresario es incondicionado y, prácticamente, ilimitado. Deben adoptarse las medidas de protección que sean necesarias, cualesquiera que ellas fueran. Y esta protección se dispensa aún en los supuestos de imprudencia no temeraria del trabajador. No quiere ello decir que el mero acaecimiento del accidente implique necesariamente violación de medidas de seguridad, pero sí que las vulneraciones de los mandatos reglamentarios de seguridad han de implicar en todo caso aquella consecuencia, cuando el resultado lesivo se origine a causa de dichas infracciones”.⁶⁶

⁶⁵ Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social. Artículo 96.2. Carga de la prueba en casos de discriminación y accidentes de trabajo. 2. “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 probar la 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”.

⁶⁶ STS (Sala 4ª) de 08/10/2001. (RJ 2002/1424).

La STSJ de 25 de julio de 2019 expone que “El incumplimiento de una medida de seguridad, general o particular, establecida en la normas preventivas e incluso el incumplimiento de cualquier otra medida de seguridad que racionalmente fuera necesaria a consecuencia de la evaluación de riesgos, aunque no fuera normativamente exigible entraña un incumplimiento de la obligación general de seguridad que alcanza al empresario y cuyo contenido no se agota con las singulares prescripciones normativas, ya que de acuerdo con el Art. 14.2 de la Ley de Prevención de Riesgos laborales, aquel viene obligado a desarrollar un seguimiento permanente de la actividad preventiva con el fin de perfeccionarla de una manera continua y de mantenerla adaptada a las modificaciones que puedan experimentar las circunstancias que incidan en la realización del trabajo, evitando de esta manera la obsolescencia técnica o normativa”.⁶⁷

Ante una potencial reclamación de indemnización por daños y perjuicios por parte del personal sanitario por el contagio del Covid-19 y, consecuentemente, su padecimiento, procedería este requisito, ya que el incumplimiento del que se trataría podría ser por la no facilitación de los equipos de protección individual necesarios, o su aportación insuficiente, así como la no adopción de las medidas necesarias para reducir o eliminar el riesgo de contagio. Se puede entender incumplida la normativa de prevención de riesgos laborales en vista de los acontecimientos, por no haberse facilitado los medios ni adoptado las medidas oportunas.

3.2. Conducta culpable o negligente

La responsabilidad empresarial en lo que concierne a la indemnización por daños y perjuicios está basada en la idea de culpa, por lo que para que sea posible reclamar responsabilidad civil ante una enfermedad profesional o accidente de trabajo, se deberá constatar que en el incumplimiento de los deberes preventivos del empresario ha habido un comportamiento negligente o doloso.⁶⁸ En el artículo 4.2.d. ET se encuentra establecido el derecho de los trabajadores a su integridad física, al igual que a una política de prevención de riesgos laborales adecuada. De esta obligación se puede deducir el

⁶⁷ STSJ Oviedo (Sala de lo Social), de 25 de julio de 2019. (ECLI: ES:TSJAS:2019:3301).

⁶⁸ SEMPERE NAVARRO, AV; SAN MARTIN MAZZUCCONI, C. “Indemnizaciones por daños y perjuicios previstas pero no cuantificadas en la legislación laboral: por accidente de trabajo o enfermedad profesional / Recargo de prestaciones”, en *La Indemnización por Daños y Perjuicios en el Contrato de Trabajo*, Aranzadi, 2011. (Consultado online).

hecho de que podrá haber una conducta negligente o culposa cuando, en el ámbito de poder del empresario, se le causa un daño a un trabajador por una inadecuada prevención. En la resolución dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Coruña el 9 de abril de 2019, la sala afirmó que no existe siempre y necesariamente responsabilidad en cualquier accidente de trabajo o enfermedad profesional, si no que únicamente se podrá exigir una indemnización por daños y perjuicios en base a la responsabilidad contractual o extracontractual cuando haya habido una conducta empresarial que sea la causa directa del daño o que haya motivado el aumento del riesgo que ya presenta el trabajo que se realiza.⁶⁹

Afirma DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ que, ante un caso de enfermedad profesional o accidente de trabajo, rige la “culpa empresarial”, que define como la “omisión de la diligencia debida por parte de la empresa en la prevención del daño”.⁷⁰ En este mismo sentido se pronuncia la reciente STSJ de 10 de marzo de 2020, al referir que “puede distinguirse entre la responsabilidad típica laboral, que no requiere culpa y tiene causa de imputación en la relación de trabajo; la prestacional por infracción de medida de seguridad; y la genuina civil, que exige culpa en el agente y trae causa en la producción ilícita del daño”.⁷¹ El Tribunal Supremo consideró en su sentencia de 30 de junio de 2010 que el empresario, para enervar su posible responsabilidad, tiene que probar haber empleado toda la diligencia exigible, que va más allá de las exigencias reglamentarias.⁷² En coherencia con ello, es preciso entender que hay una conducta culpable o negligente si no se ha empleado toda la diligencia posible por parte del empresario. Esta culpa generalmente se acreditará en base al incumplimiento de las medidas de prevención y de la normativa al respecto que se encuentre vigente al momento de producirse la exposición al agente nocivo.⁷³

Además, el Alto Tribunal, en esta resolución confirma que “[i]ndudablemente, es requisito normativo de la responsabilidad civil que los daños y perjuicios se hayan causado mediante culpa o negligencia, tal como evidencia la utilización de tales palabras

⁶⁹ STSJ Coruña (Sala de lo Social), de 09/04/2019. (ECLI: ES:TSJGAL:2019:2391).

⁷⁰ DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, P. “Daños provocados por el Amianto: Jurisdicción competente y responsabilidad civil”, en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 17, 2016, pág. 205.

⁷¹ STSJ Cáceres (Sala de lo Social) 136/2020, de 10/03/2020. (ECLI: ES:TSJEXT:2020:208).

⁷² STS (Sala 4ª) de 30/06/2010. (ECLI: ES:TS:2010:4801).

⁷³ DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, P. ob. cit., pág. 205.

en los arts. 1.101, 1.103 y 1.902 CC”, aunque puntualiza esta aseveración, poniendo de manifiesto que se ha abandonado, respecto a la responsabilidad del empresario por accidente de trabajo, esta concepción subjetiva, requiriéndose una exigencia de culpa simple, “sin adjetivaciones”. Por otro lado, afirma que la existencia de un daño puede implicar el fracaso de la acción preventiva, “porque no evaluó correctamente los riesgos, porque no evitó lo evitable, o no protegió frente al riesgo detectable y no evitable”.⁷⁴

Recientemente en la STSJ de 16 de enero de 2020 se ha confirmado que el empresario tiene que probar haber agotado toda la diligencia necesaria, ya que ésta no se alcanza solo con demostrar que se han observado todas la normativa preventiva, puesto que, “en base a la aplicación de la denominada “teoría del riesgo”, según la cual, quien crea las condiciones par que el riesgo se produzca debe responder de ello, de forma que se invierte la carga de la prueba sobre la concurrencia del requisito de la culpa empresarial” y ello implica que, únicamente la concurrencia de una causa de exoneración de la responsabilidad impiden que se le impute la responsabilidad al empresario.⁷⁵ En este sentido, en la STSJ de 25 de julio de 2019 se especifica que, para acreditar haber actuado con la diligencia exigible se debe haber cumplido “con las diversas obligaciones específicas que integran el deber genérico de garantizar una protección eficaz de la salud y seguridad de sus trabajadores; de suerte que solo quedara liberado cuando pruebe que el riesgo era inevitable o impresivible”.⁷⁶

En base a todo ello, es necesaria la concurrencia de culpa o negligencia del empresario para que pueda proceder una indemnización por daños y perjuicios, y ello devendrá cuando no pueda acreditar haber agotado toda la diligencia que le es exigida en el cumplimiento de sus obligaciones preventivas, en virtud de que “[e]l empresario asume en el contrato de trabajo la obligación de garantizar la seguridad y salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo”,⁷⁷ y la única forma de ser imputado como responsable, y por consiguiente, obligado a indemnizar, será la concurrencia de una causa de exoneración de su responsabilidad, que sea ajena a su

⁷⁴ STS (Sala 4ª) de 30/06/2010. (ECLI: ES:TS:2010:4801).

⁷⁵ STSJ Santa Cruz de Tenerife (Sala de lo Social) de 16/01/2020. (ECLI: ES:TSJICAN:2020:30).

⁷⁶ STSJ Oviedo (Sala de lo Social) de 25/07/2019. (ECLI: ES:TSJAS:2019:3301).

⁷⁷ STSJ Oviedo (Sala de lo Social) de 25/07/2019. (ECLI: ES:TSJAS:2019:3301).

poder de decisión. Aplicando esta teoría al Covid-19 y en vista de los hechos, no parece que se haya agotado esa diligencia para evitar los contagios.

3.3. Daño efectivo

El incumplimiento del empresario en materia de prevención de riesgos laborales puede materializarse en la afectación a un bien jurídico como la integridad física o incluso la vida de un trabajador y se deberá responder si se ha causado un daño cierto. Es necesario para que nazca responsabilidad por daños cuando media un contrato de trabajo que haya habido, en el personal que está servicio del empresario, un daño o resultado lesivo.⁷⁸ Como refieren ROCA TRÍAS y NAVARRO MICHEL “[l]a obligación de indemnizar existe porque la víctima de la acción u omisión ha sufrido un daño, ya sea éste material o moral, que debe ser reparado”, y lo definen como “la lesión o menoscabo de un interés jurídicamente relevante”.⁷⁹

El daño, dentro de la responsabilidad, es el primer elemento de la misma, puesto que, si no se produce, “se torna inoficioso el estudio de la misma, por más que exista una falla del servicio”.⁸⁰ VICENTE DOMINGO entiende el daño como “la constante vital del sistema, el motor determinante de los derroteros por los que actualmente está discurriendo la responsabilidad civil”. Considera esta autora que, tanto en vía contractual como extracontractual, el daño es el elemento imprescindible para que se inicie el mecanismo de la responsabilidad civil, es la pieza clave del sistema, puesto que sin daño no hay obligación de resarcimiento.⁸¹ En la misma línea argumenta MOLINS GARCÍA-ATANCE que “[t]anto en la responsabilidad civil del empresario como en el recargo de prestaciones, la antijuridicidad no tiene por objeto la conducta lesiva, sino la conducta lesiva causante de un daño. Si el empresario viola las normas de seguridad en el trabajo pero no se produce un resultado lesivo para los trabajadores, no surge responsabilidad civil alguna,

⁷⁸ STSJ Murcia (Sala de lo Social) de 09/03/2020. (ECLI: ES:TSJMU:2020:360).

⁷⁹ ROCA TRÍAS, E; NAVARRO MICHEL, M. *Derecho de daños: textos y materiales*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, pág. 203.

⁸⁰ GARCÍA VIÑA, J. “Indemnización por daños y perjuicios en el orden social”, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 173, 2015. (Consultado online).

⁸¹ VICENTE DOMINGO, E. “El daño” en REGLERO CAMPOS, LF; BUSTO LAGO, JM. (Coord), *Tratado de Responsabilidad Civil*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014. (Consultado online).

ni recargo prestacional”.⁸² Por consiguiente, a la vista de estas aseveraciones, no se podrá reclamar civilmente una indemnización por daños y perjuicios, a pesar de que haya habido un incumplimiento por parte del empresario de sus obligaciones, si de ello no se ha desencadenado ningún daño para el trabajador.

Es necesario que el daño sea directo y personal, es decir, que exista un nexo de causalidad entre el hecho que lo ocasiona y el perjudicado, ya que “[e]l daño directo es la consecuencia inmediata y directa del incumplimiento o del hecho dañoso y el daño indirecto es el daño mediato, llamado daño de rebote o «*par ricochet*». La Doctrina y la Jurisprudencia admiten unánimemente la reparación del daño moral de rebote en el caso de parientes y familiares de la persona directamente afectada por un daño corporal o fallecida a consecuencia del mismo aunque no acrediten dependencia económica”. Según VICENTE DOMINGO, se pueden clasificar los daños según sean susceptibles de ser evaluables económicamente y puedan ser sustituibles o intercambiables en el mercado o no, en patrimoniales o extrapatrimoniales.⁸³

La Ley de Prevención de Riesgos Laborales indica en el artículo 4, apartado 3º que “[s]e considerarán como «daños derivados del trabajo» las enfermedades, patologías o lesiones sufridas con motivo u ocasión del trabajo. RICO LETOSA entiende que en los daños que se deriven por enfermedad profesional, la indemnización que proceda debe incluir de manera íntegra los daños corporales, distinguiendo entre lesiones físicas y psíquicas, el daño moral, que entiende como el sufrimiento psíquico o espiritual, el daño emergente y el lucro cesante.⁸⁴ En vista de todo lo anterior, queda claro que solo podrá reclamarse una indemnización si realmente se ha sufrido un daño como consecuencia del Covid-19, que en este caso devendrá por el padecimiento de la enfermedad.

3.4. Relación de causalidad entre la conducta e incumplimiento del empresario y el daño

⁸² MOLINS GARCÍA-ATANCE, J. “La responsabilidad civil del empresario derivada de los accidentes de trabajo”, en *Nueva revista española de derecho del trabajo*, núm. 214, 2018, págs. 27 y ss. (Consultado online).

⁸³ VICENTE DOMINGO, E. “El daño” en REGLERO CAMPOS, LF; BUSTO LAGO, JM. (Coord), *Tratado de responsabilidad...* cit., (Consultado online).

⁸⁴ RICO LETOSA, S. “Daños por enfermedad profesional y valoración de la responsabilidad civil: una tarea complicada. SJS Las Palmas de Gran Canaria, núm. 9, de 8 de mayo de 2017 (AS 2017, 575)”, en *Nueva revista española de derecho del trabajo*, núm. 207, 2018, págs. 315 y ss. (Consultado online).

Para que pueda estimarse una indemnización por daños y perjuicios motivada por el padecimiento o contracción de una enfermedad profesional, es requisito indispensable que haya una relación causal, entre la conducta, es decir, el incumplimiento del empresario y el daño sufrido. Es doctrina jurisprudencial reiterada, y así se refleja en la STS de 9 de junio de 2014, la posibilidad de estimar responsabilidad de la empresa cuando un trabajador sufre un daño a causa de una enfermedad profesional, “por entenderse que existe nexo causal entre la falta de medidas de seguridad en el periodo temporal de aparición y desarrollo de la enfermedad profesional”, aclarando que se aprecia esa causalidad cuando concurren, por un lado, la falta de medidas exigibles de prevención por parte de la empresa entre otras para la prevención o evitación del riesgo, y por otro lado, cuando el hecho dañoso deviene por la enfermedad profesional. Refiere el Tribunal Supremo en esta resolución respecto de la responsabilidad a estos efectos que “subsiste cuando aun de haberse adoptado por la empresa todas las medidas exigibles en la fecha de los hechos, no se acredita que el daño no se habría producido, dado que la prueba de los hechos impeditivos, extintivos u obstativos también incumbe al empresario como deudor de seguridad”.⁸⁵

En dicha resolución, se trataba de un trabajador que había fallecido por enfermedad profesional por exposición al amianto, por lo que reclamaban su viuda e hijos una indemnización por daños y perjuicios a estos efectos frente a la empresa para la que trabajaba, estimándose su pretensión por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Frente a ello, interpuso recurso de casación la mercantil, planteando, entre otras cuestiones, si el fallecimiento por la contracción de enfermedad profesional era suficiente para justificar la procedencia de su responsabilidad. El Alto Tribunal consideró al respecto que, para enervar la potencial responsabilidad de la recurrente, debía haber acreditado el agotamiento de toda la diligencia exigible, lo que no se había constatado. Además, añadió que “tampoco justifica que aun de haberse adoptado todas las medidas exigibles en la fecha de los hechos, el daño no se habría producido, lo que tampoco ha efectuado dado que la prueba de los hechos impeditivos, extintivos u obstativos también incumbía al empresario como deudor de seguridad”.⁸⁶

⁸⁵ STS (Sala 4ª) de 09/06/2014. (ECLI: ES:TS:2014:2786).

⁸⁶ STS (Sala 4ª) de 09/06/2014. (ECLI: ES:TS:2014:2786).

Refiere la sala de lo Civil del Tribunal Supremo que, para determinar si existe relación entre la acción u omisión por parte del empresario, y el daño o perjuicio resultante, se basa en la doctrina jurisprudencial de la “causalidad adecuada o eficiente”. Sin embargo, aclara que, a pesar de dicha afirmación, siempre se decanta por “soluciones o criterios que le permitan valorar en cada caso si el acto antecedente que se presente como causa tiene virtualidad suficiente para que del mismo se derive, como consecuencia necesaria, el efecto dañoso producido y que la determinación del nexo causal debe inspirarse en la valoración de las condiciones o circunstancias que el buen sentido señale en cada caso como índice de responsabilidad”.⁸⁷ En esta línea, se plantea la cuestión acerca del nexo causal en la STS de 24 de enero de 2012, suscitándose si es posible entender que la enfermedad profesional que padece el actor tiene su origen en la falta de adopción de las medidas necesarias de prevención de riesgos laborales por parte de la empresa. Frente a ello, el Alto Tribunal razona lo siguiente: “[N]o cabe duda de que los incumplimientos supusieron un notable y significativo incremento del riesgo para la salud del trabajador, de forma que es probable que de haberse seguido desde el principio las prescripciones de seguridad reglamentarias el resultado no hubiese llegado a producirse”.⁸⁸

En lo que respecta a la acreditación de este requisito, jurisprudencialmente se considera que es necesaria una efectiva demostración “porque el cómo y el por qué” se produce el hecho dañoso se tornan como presupuestos indispensables para determinar su causa. No será suficiente con “conjeturas, deducciones o probabilidades” para su acreditación, aunque se admite en algunos casos la posibilidad de que, mediante apreciación de probabilidad cualificada, se resuelva la certeza.⁸⁹ Por consiguiente, para que se estime una reclamación por Covid-19, tiene que haber una relación directa entre el incumplimiento empresarial en materia preventiva, y el daño que se haya sufrido como consecuencia del contagio por Covid-19. A este respecto, puede entenderse que la contracción del virus por el personal sanitario se ha dado en el lugar de trabajo, como consecuencia de la falta de medidas y medios de protección.

⁸⁷ STS (Sala 1ª) 688/2008, de 24/07/2008. (ECLI: ES:TS:2008:4242).

⁸⁸ STS (Sala 4ª) de 24/01/2012. (ECLI: ES:TS:2012:966).

⁸⁹ STS (Sala 1ª) 413/2004, de 24/05/2004. (ECLI: ES:TS:2004:3534).

4. Referencia a la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas respecto del personal sanitario trabajador en centros sanitarios de titularidad pública

4.1. Algunas notas características de la responsabilidad patrimonial

En la Constitución Española se encuentra recogido dentro del artículo 40.2⁹⁰ el deber que tienen los poderes públicos de velar por la seguridad e higiene en el trabajo, complementándose con lo dispuesto en el Estatuto Básico del Empleado Público al establecer en el apartado “1” del art. 14⁹¹ como derecho individual de los empleados en este régimen la recepción de protección eficaz en lo que respecta a la seguridad y salud en el trabajo. En el artículo 106.2 CE está contemplada la responsabilidad de la administración frente a los particulares estableciendo lo siguiente: “Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”.

También se hace referencia a dicha responsabilidad en el art. 32.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, que establece el derecho que tienen los particulares de ser indemnizados por los daños que sufran, por parte de las Administraciones Públicas, cuando las lesiones devengan como consecuencia del “funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos”. Exceptúa este precepto la responsabilidad de la administración en el caso de la fuerza mayor o de “daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley”. El apartado 2 trata del daño que se alegue para la reclamación de una indemnización, y señala que tiene que ser “efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas”.⁹² La responsabilidad patrimonial está concebida como objetiva, sin

⁹⁰ Constitución Española. Artículo 40.2. “Asimismo, los poderes públicos fomentarán una política que garantice la formación y readaptación profesionales; velarán por la seguridad e higiene en el trabajo y garantizarán el descanso necesario, mediante la limitación de la jornada laboral, las vacaciones periódicas retribuidas y la promoción de centros adecuados”.

⁹¹ Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público. Artículo 14. Derechos individuales. Los empleados públicos tienen los siguientes derechos de carácter individual en correspondencia con la naturaleza jurídica de su relación de servicio: [...] 1) “A recibir protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo”. [...].

⁹² Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. Artículo 32. Principios de la responsabilidad. “Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión

embargo, del contenido de este artículo, se pueden extraer los requisitos necesarios para estimar una indemnización en este ámbito y vislumbrar que esa objetividad es más bien relativa, puesto que la administración no responde en todos los casos en los que se causa un daño, y es necesario que se de en las circunstancias requeridas.

SÁEZ LARA resalta la siguiente afirmación al respecto siguiendo lo dispuesto por el Consejo de Estado: “En definitiva, como se sabe, no todo daño profesional constituye una lesión indemnizable” y añade que “no existe obligación de indemnizar por parte de la Administración siempre que el empleado público sufra un daño con ocasión o como consecuencia de su actividad profesional”.⁹³ En SSTs⁹⁴ como la de 25 de mayo de 2016 exponen que es doctrina jurisprudencial reiterada la necesidad de que concurren los siguientes presupuestos para que surja el derecho de indemnización: Que el daño o perjuicio sufrido sea efectivo y evaluable económicamente e individualizado; la lesión o daño sufrido debe haberse producido como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de la administración, es decir, que haya un nexo causal entre ambos, tal y como refirió el Alto Tribunal en la STS de 22 de diciembre de 1997 “en una relación directa de causa a efecto sin intervención extraña que pueda influir en el nexo causal”; que no se haya producido el daño por fuerza mayor; y que se trate de un daño antijurídico, que el afectado no tenga el deber de soportar al no existir una causa que lo justifique.⁹⁵

4.2. Requisitos de concurrencia de responsabilidad patrimonial

En lo que concierne a los daños profesionales, estos pueden ser tanto físicos como psíquicos a consecuencia del padecimiento de una enfermedad profesional o un accidente de trabajo.⁹⁶ La relación causal entre el funcionamiento de la Administración y el daño

sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley. La anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional contencioso administrativo de los actos o disposiciones administrativas no presupone, por sí misma, derecho a la indemnización. 2. En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas. [...]”.

⁹³ SÁEZ LARA, C., “Responsabilidad patrimonial de la Administración y derecho a la seguridad y a la protección de la salud en el trabajo de los empleados públicos”, en *Revista española de derecho del trabajo*, núm. 145, 2010, págs. 55 y ss. (Consultado online).

⁹⁴ STS (Sala 3ª) 1177/2016, de 25 de mayo de 2016 (ECLI: ES:TS:2020:641); STS (Sala 3ª) de 22/06/2012. (ECLI: ES:TS:2012:4574); STS (Sala 4ª) de 22 de diciembre de 1997. (ECLI: ES:TS:1997:7939).

⁹⁵ STS (Sala 4ª) de 22/12/1997. (ECLI: ES:TS:1997:7939).

⁹⁶ SÁEZ LARA, C. ob. cit., págs. 55 y ss. (Consultado online).

sufrido se dará, en el ámbito profesional, cuando haya un incumplimiento del deber que tiene la Administración de “garantizar una protección eficaz de la seguridad y salud laboral del empleado público reclamante”, y a juicio de SÁEZ LARA “en la resolución de estos supuestos deba ser relevante determinar si ha quedado acreditado, o se deduce de la prueba practicada en el expediente, el cumplimiento o no de la deuda preventiva por parte de la Administración, como título de imputación objetiva de responsabilidad”. Además, para esta autora, el deber de reparación del daño debe estar basado en el incumplimiento por parte de la Administración de la deuda preventiva, “que haya sido además causa adecuada del daño por el que se reclama”.⁹⁷

Para poder imputar un daño a la Administración por funcionamiento anormal, BUSTO LAGO alude a la necesidad de que el incumplimiento haya sido por acción u omisión. Esta última conllevará un funcionamiento anormal cuando “se haya infringido el nivel mínimo a que está obligada la Administración en la prestación del servicio público de que se trate”.⁹⁸ En el caso de contagios por Coronavirus entre el personal empleado en centros públicos, se puede observar que, al faltar las medidas de prevención adecuadas y la proporción de Equipos de Protección Individual necesarios, la Administración incurre en una omisión de este carácter, que únicamente podrá enervar si prueba que la misma está amparada por la fuerza mayor.

El daño antijurídico se traduce como aquél que el particular, o en este caso, el trabajador, no tiene el deber de soportar, y esta antijuridicidad se concibe, según ROCA TRÍAS y NAVARRO MICHEL desde el punto de vista del perjudicado.⁹⁹ Refiere BUSTO LAGO sobre ese deber que “la norma legal funciona como causa de justificación que determina la ausencia de antijuridicidad si impone al perjudicado la obligación de soportar el daño”. Por otra parte, la STS de 10 de abril de 2012, acerca de un enfermero del SAMU, que había sido declarado en invalidez absoluta, a razón de que se pinchara e infectara de Hepatitis en el desempeño de su trabajo, razona el Alto Tribunal que el daño no es antijurídico debido a que se trataba de “un riesgo profesional suficientemente conocido y aceptado previamente por el actor”, por el que había sido ya compensado,

⁹⁷ SÁEZ LARA, C. ob. cit., págs. 55 y ss. (Consultado online).

⁹⁸ BUSTO LAGO, JM. “La responsabilidad civil de las Administraciones Públicas”, en REGLERO CAMPOS, LF; BUSTO LAGO, JM. (Coord.) *Lecciones de responsabilidad civil*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2013. (Consultado online).

⁹⁹ ROCA TRÍAS, E; NAVARRO MICHEL, M. ob. cit., pág. 302.

entendiendo que “el riesgo existe y se contempla siendo consustancial al desarrollo de la actividad en si misma considerada”.¹⁰⁰

En la STS de 20 de octubre de 1997 se concluye que “para que el daño concreto producido por el funcionamiento del servicio a uno o varios particulares sea antijurídico basta con que el riesgo inherente a su utilización haya rebasado los límites impuestos por los estándares de seguridad exigibles conforme a la conciencia social. No existirá entonces deber alguno del perjudicado de soportar el menoscabo y, consiguientemente, la obligación de resarcir el daño o perjuicio causado por la actividad administrativa será a ella imputable”.¹⁰¹ En vista de las argumentaciones del Tribunal Supremo, el particular tendrá el deber de soportar el daño cuando ello venga regulado en una ley, o cuando sea algo previamente aceptado, asumido y suficientemente conocido que no sobresalga de ese nivel de seguridad exigible.

5. La fuerza mayor como causa de exoneración de responsabilidad

5.1. Concepto de fuerza mayor

A tenor del artículo 1105 CC “Fuera de los casos expresamente mencionados en la ley, y de los en que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables. Se refiere este texto al caso fortuito y a la fuerza mayor, como circunstancias de exoneración de responsabilidad para quien causa un daño. Estima REGLERO CAMPOS que cuando concurre alguna de ellas, el daño tiene como causa un hecho que no es previsible o evitable aplicando la diligencia debida, es ajeno a la conducta del demandado, el empresario en este caso, por lo que no le resulta imputable. Considera este autor respecto de ambas situaciones que “[s]erá caso fortuito todo evento causal que acaezca dentro del ámbito de riesgo de esa actividad, mientras que la fuerza mayor viene definida por el suceso exterior a la misma”. Por tanto, la distinción radica en “la interioridad o exterioridad del evento en relación con una determinada actividad”.¹⁰² VEIGA COPO define

¹⁰⁰ STS (Sala 3ª) de 10/04/2012. (ECLI: ES:TS:2012:2670).

¹⁰¹ STS (Sala 3ª) de 20/10/1997. (ECLI: ES:TS:1997:8084).

¹⁰² REGLERO CAMPOS, LF. “El nexo causal. Las causas de exoneración de responsabilidad: culpa de la víctima y fuerza mayor. La concurrencia de culpas”, en REGLERO CAMPOS, LF; BUSTO LAGO, JM. (Coord.) *Lecciones de responsabilidad civil*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2013. (Consultado online).

la fuerza mayor como un acontecimiento de carácter imprevisible e inevitable, que aun pudiendo haber sido previsto, no se habría podido evitar, y que se origina al margen de quien incumple una obligación¹⁰³. En definitiva, si se aprecia esta circunstancia supone una causa de liberación de responsabilidad para el empresario.

De igual manera se manifestó la Sala de lo Social del TS en su sentencia de 22 de diciembre de 1997 sobre la distinción entre la fuerza mayor y el caso fortuito refiriendo que es de origen doctrinal y jurisprudencial, al no desprenderse del texto que dispone el art. 1105 CC, y resaltando que en la fuerza mayor, el suceso se origina fuera del ámbito del deudor, y que, al no poder preverse esos hechos en el curso normal de la vida, no se pueden entender “en la forma ordinaria de producirse las cosas o los acontecimientos”.¹⁰⁴ Por tanto, para estimar la concurrencia de la fuerza mayor a estos efectos, debería tratarse de una situación inevitable e imprevisible que concurre fuera del ámbito de poder y decisión del empresario, es decir, le es ajeno completamente. Respecto a la carga de la prueba, le corresponde al empresario probar la concurrencia de la causa de exoneración. En la STS de 4 de mayo de 2015, que estima un recurso por el accidente que había sufrido una trabajadora en el transcurso de su jornada de trabajo, se hace referencia a la fuerza mayor indicando entre otros extremos que el empresario no incurre en responsabilidad cuando el daño haya sido producido por fuerza mayor, pero es a él a quien le corresponderá probar la concurrencia de dicha causa, debido a que, a tenor del Alto Tribunal “él es el titular de la deuda de seguridad”.¹⁰⁵

5.2. Procedencia de la fuerza mayor como causa de exoneración de responsabilidad ante el Covid-19

A razón de la situación de pandemia generada por el masivo contagio del Covid-19, es preciso valorar si se podría estimar que concurre fuerza mayor que pueda exonerar de responsabilidad al empresario o a la Administración, frente a los incumplimientos en materia de prevención de riesgos laborales, tanto respecto a las medidas deficientemente adoptadas como a la no aportación de los EPI necesarios al personal sanitario expuesto a

¹⁰³ VEIGA COPO, AB. “Fuerza mayor, pandemia y seguro”, en *Guía práctica del seguro ante el Covid-19*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2020. (Consultado online).

¹⁰⁴ STS (Sala 4ª) de 22/12/1997. (ECLI: ES:TS:1997:7939).

¹⁰⁵ STS (Sala 4ª) de 04/05/2015. (ECLI: ES:TS:2015:2827).

este riesgo. Inicialmente sería razonable entender que hubo un desconocimiento acerca de la forma de contagio, así como de la detección del virus, por cuanto se trataba de un hecho imprevisible ajeno al ámbito de poder del empresario. Por ello, se han ido dictando por parte del Ministerio de Sanidad distintos documentos y planes de prevención, resaltando al respecto el “Procedimiento de actuación para los servicios de prevención de riesgos laborales frente a la exposición al SARS-CoV-2” publicado el 30 de marzo de 2020.

En lo relativo a la prevención de riesgos laborales que debe llevar a cabo el empleador, y a razón de la emisión del plan de prevención citado, se pueden distinguir dos momentos en el transcurso de la pandemia, uno antes del 30 de marzo, previo a su dictado, por entender que podía haber un cierto desconocimiento e imprevisibilidad de los contagios entre el personal sanitario, y otro posterior, cuando ya se habían fijado las medidas a seguir para eliminar o reducir el riesgo de infección. En muchos centros sanitarios, como se ha visto a través de los autos citados, no se han aportado las mascarillas, guantes y demás protecciones a los trabajadores, generalmente debido al desabastecimiento de estos productos.

En la situación inicial de pandemia, tras la declaración del Estado de Alarma, tanto la Administración, como los gerentes de centros privados, se vieron en la tesitura del agotamiento en el mercado de los elementos de protección, por lo que no podían aportar a sus empleados la protección necesaria para el desempeño de su trabajo en las circunstancias acaecidas. A este respecto, afirma ESCUDERO RODRÍGUEZ que cuando se trabaja en un ámbito sanitario, ello supone estar expuesto a riesgos que, según los casos, pueden variar de forma extraordinaria. Por ello, entiende que “junto a una concepción amplia de la salud laboral, se debe garantizar, plenamente, un planteamiento dinámico de la misma que incorpore los nuevos conocimientos y mecanismos preventivos que se vayan descubriendo en cada momento. Y ello requiere, necesariamente, una visión no estática sino actualizada y constantemente revisada de los riesgos laborales, pues pueden aparecer algunos no detectados con anterioridad, y también nuevas técnicas de protección y prevención de los mismos”.¹⁰⁶

¹⁰⁶ ESCUDERO RODRÍGUEZ, R. “Legislación y prevención de riesgos laborales en el sector sanitario”, en *Revista de administración sanitaria siglo XXI*, núm. 4, 2004. (Consultado online).

Para DOMENECH PASCUAL la situación vivida por el Covid-19 encaja en la definición de fuerza mayor, “en la medida en que esta enfermedad ha surgido por una causa extraña al funcionamiento de los servicios públicos españoles y, además, ha generado daños que ni siquiera adoptando las medidas de prevención exigibles se hubieran podido evitar”.¹⁰⁷ Sin embargo, frente a esta afirmación, y a pesar de que, efectivamente se trata de una causa extraña, en un establecimiento sanitario se está expuesto a una multitud de riesgos por lo que, como alude ESCUDERO RODRÍGUEZ, pueden aparecer nuevos riesgos no detectados con anterioridad, y se requiere una visión actualizada y constantemente revisada a tal efecto.¹⁰⁸ Expone DOMENECH PASCUAL en contra de la afirmación citada lo siguiente: “[N]o creemos que la concurrencia de fuerza mayor permita excluir totalmente la posibilidad de que las Administraciones públicas respondan patrimonialmente por los daños sufridos por los ciudadanos en el marco de esta crisis. Los perjuicios por esta pandemia seguramente eran inevitables hasta cierto punto, pero las Administraciones públicas españolas, con sus acciones y omisiones, han podido agravarlos o mitigarlos”, por otro lado, resalta que “La exclusión de responsabilidad que implica la fuerza mayor no alcanza a los daños que se podían haber evitado o mitigado si hubieran tomado las debidas medidas de precaución”, entendiendo que existe relación de causalidad, ya que si la Administración hubiera actuado con la diligencia debida, se podían haber impedido la producción de perjuicios adicionales.¹⁰⁹

MEDIAVILLA CABO, Magistrado Titular del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº3 de Girona, analiza las posibles reclamaciones que pueden ser efectuadas por el personal sanitario, como consecuencia de los contagios por Covid-19, a razón de la falta de medios para la protección adecuados. En este sentido, saca a relucir el art. 4 del Real Decreto-Ley 16/2020 anteriormente citado, sobre el establecimiento centralizado de productos necesarios y resalta que, en el ATS 20 de abril de 2020 el Alto Tribunal, ante la supuesta inactividad de las Administraciones Públicas, acepta la insuficiencia de medios de protección que padece el personal sanitario y acuerda el requerimiento como medida cautelar al Ministerio de Sanidad de todas las medidas a su alcance para que se produzca una mejor distribución de los medios sanitarios, por lo que

¹⁰⁷ DOMENECH PASCUAL, G. “Responsabilidad patrimonial del Estado por la gestión de la crisis del COVID-19”, en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 86-87, 2020, págs. 105-106.

¹⁰⁸ ESCUDERO RODRÍGUEZ, R. ob. cit., (Consultado online).

¹⁰⁹ DOMENECH PASCUAL, G. ob. cit., págs. 105-106.

la Administración tendrá que poder probar que se han cumplido los protocolos de prevención y la normativa, incluyendo las normas específicas emitidas por el Ministerio de Sanidad.¹¹⁰

Por consiguiente, tras el dictado de planes de prevención para combatir el Covid-19, y a la vista del art. 4, en virtud del cual, se debería haber realizado una centralización de los productos sanitarios para garantizar su mejor reparto y evitar el desabastecimiento, puede apreciarse una mala gestión en los casos en que se ha seguido sin tener protección y sin adoptar las medidas pertinentes, produciéndose al igual contagios, por lo que, difícilmente puede entenderse que concurre fuerza mayor, al haberse incumplido claramente la normativa en Prevención de Riesgos Laborales.

6. La valoración del daño respecto de contingencias profesionales

Una vez determinada la procedencia de la responsabilidad civil, cabe preguntarse cuál es el sistema que se utiliza por los tribunales para determinar las cuantías de indemnización y qué daños podrían ser indemnizables, ya que “[e]l daño es la causa de la reparación y la reparación es la finalidad última de la responsabilidad civil”.¹¹¹ De los accidentes de trabajo o enfermedades profesionales se generan lesiones personales, por las que podrá reclamar el afectado o incluso el fallecimiento, que entonces lo será por sus sucesores.¹¹² Ante la situación excepcional originada por el Covid-19, los daños pueden provenir de variada naturaleza y podrían ser resarcibles los de quienes, como consecuencia de la falta de EPI y de medidas de prevención adecuadas se hayan contagiado, los derivados del fallecimiento de personal sanitario, e incluso en vista de las circunstancias, sería valorable el daño moral por la angustia de pensar por parte de quienes se han contagiado que pueden llegar a morir, y aunque muy difícil de probar y que finalmente sean resarcidos, los daños morales en los trabajadores sanitarios que han tenido que atender a pacientes y estar expuestos al riesgo de la enfermedad por no llevar

¹¹⁰ MEDIAVILLA CABO, JV. “Responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria en situación de crisis derivada del COVID 19”, en *Revista de Derecho VLex*, núm. 191, 2020. (Conferencia online) Enlace: <https://www.youtube.com/watch?v=nQ6ufYUnJno&t=1016s>

¹¹¹ GARCÍA VIÑA, J. ob. cit., (Consultado online).

¹¹² GÓMEZ LIGÜERRE, C. “Responsabilidad civil y responsabilidad laboral derivadas de una misma contingencia profesional. De nuevo sobre la jurisdicción competente”, en *InDret*, Barcelona, 2016, pág. 31.

la protección adecuada, en la incertidumbre de saber que en cualquier momento pueden contagiarse.

Los afectados por el virus también podrían tener una vía de reclamación de daños a través de la denominada “pérdida de oportunidad”, que según ROCA TRÍAS y NAVARRO MICHEL “[s]e trata de un supuesto en que existe una cierta incertidumbre sobre el éxito o no de la posibilidad que se tenía, pero existe también la certidumbre de que una persona tenía oportunidad de obtener alguna ventaja y la ha perdido por causa ajena”.¹¹³ El Tribunal Supremo en su sentencia de 25 de mayo de 2016 resaltó que esta doctrina “exige que la posibilidad frustrada no sea simplemente una expectativa general, vaga, meramente especulativa o excepcional ni puede entrar en consideración cuando es una ventaja simplemente hipotética”.¹¹⁴ En las reclamaciones por Covid-19 podría esta doctrina alegarse como consecuencia de no haberse implementado las medidas de seguridad correspondientes y de no haber dispuesto de los EPI necesarios para prevenir el contagio, ya que si las circunstancias no se hubieran dado de ese modo, los profesionales sanitarios habrían tenido la posibilidad de no contagiarse con el virus.

6.1. Tipos de daños resarcibles

El artículo 1106 CC menciona que “La indemnización de daños y perjuicios comprende, no sólo el valor de la pérdida que hayan sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor, salvo las disposiciones contenidas en los artículos siguientes”. Este texto se está refiriendo, por un lado, al denominado daño emergente, definido por ROCA TRÍAS y NAVARRO MICHEL como “la disminución de los valores patrimoniales que el perjudicado tenía en su haber”, lo que implica las pérdidas patrimoniales que efectivamente se han sufrido como consecuencia del daño. Además, consideran que en esta partida se encuentran incluidos todos los gastos que resulten necesarios para situar a la persona perjudicada en el estado anterior a la producción del daño. Por otra parte, al lucro cesante, constituido por las ganancias, que a consecuencia del daño, se han dejado de obtener. Distinguen estas autoras, según su naturaleza, entre los daños materiales, que pueden incluirse dentro de los patrimoniales, y son los que

¹¹³ ROCA TRÍAS, E; NAVARRO MICHEL, M. ob. cit., pág. 212.

¹¹⁴ STS (Sala 3ª) 1177/2016, de 25/05/2016. (ECLI: ES:TS:2020:641).

“recaen sobre los bienes materiales de cualquier tipo” y los daños morales que “afectan a la persona, en cualquiera de sus esferas que no sea la patrimonial”.¹¹⁵

VICENTE DOMINGO acude a una clasificación también según la naturaleza del bien que haya sido dañado, distinguiendo entre daños patrimoniales y extrapatrimoniales. Respecto de los primeros, apunta que son “los que sufre el perjudicado en la esfera de su patrimonio, entendido como conjunto de bienes y derechos de naturaleza patrimonial”. Estos son evaluables económicamente según el valor que tenga el bien dañado en el mercado. Esta categoría se divide en dos grupos, el lucro cesante y el daño emergente. Los extrapatrimoniales o morales se dan en bienes que, al no ser patrimoniales, no pueden ser reparados en sentido estricto, aunque se resarcen igualmente con dinero. Ambos tipos de daños son compatibles y pueden producirse de manera conjunta.¹¹⁶

Dentro de los daños extrapatrimoniales se encuentra el daño corporal que recae sobre bienes jurídicos personales como son la salud o la integridad física y psíquica y supone el menoscabo de ésta. Según el tiempo que se esté padeciendo, y atendiendo a si se logra curar por completo o si se queda alguna secuela, se puede distinguir entre periodo de incapacidad temporal, que dura hasta el alta médica o “la consolidación de las heridas”, y que durante el mismo, la persona afectada puede encontrarse hospitalizada o no, y no puede realizar sus actividades habituales, sean o no laborales, y el periodo de incapacidad permanente, que puede comenzar al finalizar la temporal, cuando quedan secuelas, convirtiéndose en permanente el daño.¹¹⁷ En lo concerniente a la integridad física, son indemnizables entre otros, los daños por fallecimiento y las lesiones corporales. Estas últimas se caracterizan porque “no ocasionan la muerte, sino la enfermedad, la pérdida de algún miembro o las secuelas que provocan una discapacidad, permanente o no”, y en ellas se incluyen, entre otras partidas, dentro de la indemnización que proceda, el sufrimiento padecido hasta la curación. A consecuencia del daño corporal, se pueden derivar perjuicios patrimoniales, pero también de carácter moral, como “el dolor físico,

¹¹⁵ ROCA TRÍAS, E; NAVARRO MICHEL, M. ob. cit., págs. 204-205.

¹¹⁶ VICENTE DOMINGO, E. “El daño” en REGLERO CAMPOS, LF; BUSTO LAGO, JM. (Coord), *Tratado de responsabilidad...* cit., (Consultado online).

¹¹⁷ VICENTE DOMINGO, E. “El daño” en REGLERO CAMPOS, LF; BUSTO LAGO, JM. (Coord), *Lecciones de responsabilidad civil*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2013. (Consultado online).

la incertidumbre sobre una posible curación, el sentimiento de dependencia”, que deben tenerse en consideración para la indemnización.¹¹⁸

6.2. Indemnización: Aplicación orientativa del “Baremo”

La indemnización que proceda en concepto de responsabilidad civil la fija el juez, que es quien valora y cuantifica los daños que sufre la persona afectada, y ésta debe ser íntegra y “contribuir a la finalidad de prevenir el daño”, incluyendo la valoración del daño emergente, el lucro cesante, las lesiones, tanto las físicas como las psíquicas, y el daño moral.¹¹⁹ Además debe ser una indemnización adecuada y suficiente a los daños que se acrediten.¹²⁰ Para ÁLVAREZ LATA son susceptibles de indemnización todos los daños que hayan sufrido los trabajadores, ya sean físicos, distinguiendo entre los corporales o el fallecimiento, o morales, incluyendo las depresiones, las situaciones de ansiedad o el perjuicio estético.¹²¹

Por tanto, a parte de los daños de carácter patrimonial, el personal sanitario que resulte contagiado por la falta de medidas de prevención, podría reclamar, tanto los daños físicos como morales, que hayan padecido como consecuencia del padecimiento del Covid-19, ya que la contracción de esta enfermedad, si se presentan síntomas, lleva aparejada una cuarentena obligatoria, así como un periodo de incapacidad temporal, que puede desembocar en permanente si quedan secuelas, y en los casos más graves, llega a producirse el fallecimiento. Como daño moral, resulta importante la mención del periodo en que se tiene la enfermedad y la persona se encuentra en la incertidumbre de pensar si se va a morir o si se curará, ya que ello puede ser generador de una situación de estrés y angustia constante.

Para la valoración de los daños por parte de los tribunales y, por consiguiente, la fijación de la indemnización se recurre al llamado “Baremo”, reformado por la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y

¹¹⁸ ROCA TRÍAS, E; NAVARRO MICHEL, M. ob. cit., págs. 210-211.

¹¹⁹ RICO LETOSA, S. ob. cit., págs. 315 y ss. (Consultado online).

¹²⁰ SEMPERE NAVARRO, AV; SAN MARTIN MAZZUCCONI, C. ob. cit., (Consultado online).

¹²¹ ÁLVAREZ LATA, N. “La responsabilidad civil por accidente de trabajo”, en REGLERO CAMPOS, LF; BUSTO LAGO, JM. (Coord), *Lecciones de responsabilidad civil*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2013. (Consultado online).

perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación. En esta ley se establecen los criterios y reglas para efectuar la valoración, tanto del daño corporal, donde incluye las lesiones temporales, secuelas, y la muerte, así como otros morales como el perjuicio por la pérdida de calidad de vida, en los accidentes de tráfico. En él se tienen en cuenta circunstancias como la edad del afectado o fallecido, y anualmente se actualizan y publican las cuantías establecidas para las distintas partidas indemnizables. Este sistema es utilizado con carácter orientativo en el ámbito laboral para el cálculo y valoración de los daños por enfermedad profesional o accidente de trabajo. Su aplicación, según ALMENDROS GONZÁLEZ “contribuye a agilizar los pagos y a disminuir los conflictos judiciales al facilitar la prueba del daño y su valoración, dando también respuesta a la valoración de los daños morales que se sujetan al subjetivismo más absoluto”.¹²²

Aunque el baremo no goza de carácter vinculante en el ámbito social, GINÈS I FABRELLAS afirma ser “doctrina consolidada entender que, optado el órgano jurisdiccional por su aplicación, cualquier desviación del mismo debe ser razonada y justificada”.¹²³ Se parte de la base del principio de reparación íntegra del daño, consistente en la cobertura por la indemnización de todo el daño que se ha producido. Respecto de los daños morales, puntualiza VICENTE DOMINGO que la aplicación de este principio conduce al “subjetivismo y a la lotería judicial” y que, por ello, tener en cuenta cada partida indemnizatoria por separado, es lo más correcto a la hora de valorar los daños, además que, para poder respetar ese principio, la valoración de los daños extrapatrimoniales y corporales debe hacerse conforme al baremo.¹²⁴

Al tratarse de una aplicación orientativa, cuando la indemnización que se propone en el sistema de valoración para accidentes de tráfico sea insuficiente, teniendo en cuenta el alcance de los daños, y que por tanto, no se va a realizar una reparación íntegra, tal y como expresa ALMENDROS GONZÁLEZ “es posible, en función de la gravedad e intensidad de la culpabilidad concurrente, fijar una cuantía superior a la marcada por los baremos de circulación”.¹²⁵ En este sentido, RICO LETOSA refiere, al hilo del carácter orientativo del

¹²² ALMENDROS GONZÁLEZ, MA. ob. cit., (Consultado online).

¹²³ GINÈS I FABRELLAS, A. “Coordinación de indemnizaciones derivadas de accidente de trabajo y enfermedad profesional”, en *InDret*, Barcelona, 2013, pág. 11.

¹²⁴ VICENTE DOMINGO, E. “El daño” en REGLERO CAMPOS, LF; BUSTO LAGO, JM. (Coord), *Lecciones de responsabilidad...* cit., (Consultado online).

¹²⁵ ALMENDROS GONZÁLEZ, MA. ob. cit., (Consultado online).

baremo en este ámbito, que el juez puede, de manera justificada, desviarse del mismo y establecer una indemnización al alza, por lo que, reitera “El baremo se aplica con carácter orientador para facilitar la vertebración y la cuantificación de la indemnización, pero el juez de lo social dispone de libertad de valoración y puede apartarse del mismo, siempre que justifique las razones de su decisión final. Guiado por el principio de restitución íntegra, debe llevar a cabo la adaptación interpretativa más adecuada para brindar la justa reparación de los daños producidos por la falta de diligencia exigible al empresario”.¹²⁶ En consecuencia con ello, existe la posibilidad de que se establezca una indemnización de mayor importe cuando los daños que se acrediten sean superiores en el ámbito de las contingencias profesionales.

6.3. Compatibilidad y descuento en indemnizaciones por enriquecimiento injusto

Las indemnizaciones que procedan por daños y perjuicios no pueden suponer un enriquecimiento injusto, por lo que “la jurisprudencia ha optado por la compatibilidad relativa de indemnizaciones: descuento de las prestaciones de la Seguridad Social y mejoras voluntarias del quantum indemnizatorio y acumulación del recargo de prestaciones”.¹²⁷ Por tanto, la regla general es que el recargo es compatible con la indemnización civil, por lo que de ella no se deduce el mismo. Esta es la tesis actualmente seguida, fijada como doctrina jurisprudencial consolidada, en la que se establece que, en la indemnización por daños y perjuicios, hay que tener en cuenta lo que ya se ha recibido por parte de la Seguridad Social, salvo el recargo de prestaciones con el que es compatible.

Como refleja la STS de 2 de octubre del 2000, acerca del principio de reparación íntegra “[d]el referido principio se deduce la exigencia de proporcionalidad entre el daño y la reparación y, a *sensu contrario*, que la reparación – dejando aparte supuestos o aspectos excepcionales, de matiz más próximo al sancionatorio, como puede acontecer respecto del recargo de prestaciones por infracción de medidas de seguridad ex art.123 LGSS – no debe exceder del daño o perjuicio sufrido o, dicho de otro modo, que los dañados o perjudicados no deben enriquecerse injustamente percibiendo indemnizaciones

¹²⁶ RICO LETOSA, S. ob. cit., págs. 315 y ss. (Consultado online).

¹²⁷ GINÈS I FABRELLAS, A. “Coordinación de indemnizaciones... ob. cit., pág. 10.

por encima del límite racional de una compensación plena”.¹²⁸ A razón de ello, de la indemnización que proceda por el padecimiento de Covid-19, habrá que descontar lo que se haya percibido anteriormente, a excepción del recargo de prestaciones.

V. CONCLUSIONES

1.- En vista de todo lo anteriormente expuesto, el despliegue normativo que ha llevado a cabo el Gobierno en materia de prevención de riesgos laborales debido al Covid-19, mediante el dictado de planes de prevención es vinculante tanto para las administraciones públicas, como para entidades privadas. Es por ello que su incumplimiento por la falta de medidas adecuadas y el hecho de que no se proporcionen los medios adecuados para la protección de los trabajadores tiene necesariamente que generar responsabilidad para quienes no han actuado conforme a lo dispuesto para proteger la seguridad y salud de los profesionales que han estado expuestos al virus y que, en muchos casos, se han contagiado.

2.- El Real Decreto 19/2020, de 26 de mayo ha establecido que para quienes prestan servicios sanitarios y sociosanitarios, el periodo de incapacidad que acontezca por haberse contagiado en el ejercicio de su profesión por haber estado expuestos al virus sea considerada como accidente de trabajo, así como en el caso de fallecimiento. Por consiguiente, ello supone que en la actualidad se considere a quienes contraen el Covid-19 bajo esta contingencia con las consecuencias que ello implica, a pesar de que concurren los requisitos para que esta contingencia sea tratada dentro de la esfera de las enfermedades profesionales.

3.- Cabe valorar su posible concepción como enfermedad profesional para el personal sanitario por las garantías que ofrece en cuanto a la flexibilización de la carga probatoria, ya que supone una presunción *iuris et de iure* respecto a la calificación de laboralidad, a diferencia del accidente de trabajo en el que se requiere la prueba del nexo causal. El Covid-19 puede entenderse incluido en el listado establecido en el RD 1299/2006, de 10 de noviembre, dentro de la categoría de enfermedades infecciosas causadas por el trabajo, donde se incluye al personal sanitario, o también para su mejor

¹²⁸ STS (Sala 4ª) de 02/10/2000. (ECLI: ES:TS:2000:6957).

estimación bajo esta contingencia se debería proceder a su inclusión debido a la amplitud con que se define el apartado donde puede encajar este virus.

4.- En las reclamaciones de indemnizaciones por daños y perjuicios se cumplen los requisitos exigidos para su procedencia, ya que hay un claro incumplimiento de la normativa en materia de prevención, y no parece que ni en el ámbito público ni en el privado se haya actuado con la diligencia debida para proteger a los trabajadores del alto riesgo de contagio. Además, existe nexo causal entre el daño sufrido y el incumplimiento u omisión. Todo parece indicar que no se han extremado las precauciones, sin embargo, habrá que ver cómo consideran los tribunales el nivel de diligencia exigida en una situación de pandemia, y si se ha desplegado toda la acción posible para evitar el contagio.

5.- En cuanto a la posibilidad de valorar la existencia de fuerza mayor, aunque en cierta parte el incumplimiento de la normativa de prevención, es decir, la falta de medidas y de proporción de los equipos de protección al personal expuesto, ha podido deberse a lo excepcional de la situación y a la falta de estos productos en el mercado, tratándose de centros sanitarios, en los que se está expuesto a gran cantidad de riesgos por la naturaleza de la actividad que se realiza en los mismos, en materia de prevención se debe estar actualizado y prever la aparición de nuevos riesgos. Además, la modificación del artículo cuarto de la LO 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública fue publicada el 11 de marzo, antes de la declaración del Estado de alarma, lo que implica una mala gestión por parte de la Administración Sanitaria del Estado, al haber en su transcurso dificultades de abastecimiento, puesto que se autorizaba a la misma a establecer el suministro de estos productos centralizado a su favor, no habiéndose suministrado de forma correcta.

6.- La aplicación del Baremo por parte de los tribunales para la valoración de los daños es de carácter orientativo, no vinculante, y en los supuestos en que haya daños por el contagio del Covid-19 que no se puedan valorar conforme al mismo, o se estime que superan las cantidades en él listadas, el juez podrá apartarse de este sistema y conceder indemnizaciones superiores. Teniendo en cuenta el carácter complementario de la responsabilidad civil para el resarcimiento total del daño, se descontarán de la cantidad que resulte la parte que corresponda para evitar un enriquecimiento injusto.

VI. BIBIOGRAFÍA CONSULTADA

ALMENDROS GONZÁLEZ, MA. “Enfermedad profesional e indemnización por daños y perjuicios al trabajador” en *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 5, 2012.

BENAVIDES VICO, A. *Desempleo, incapacidad, jubilación y viudedad/orfandad*. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015.

BLASCO LAHOZ, JF. *Las contingencias profesionales de la seguridad social*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

DOMENECH PASCUAL, G. “Responsabilidad patrimonial del Estado por la gestión de la crisis del COVID-19”, en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 86-87, 2020, págs. 102 y ss.

DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, P. “Daños provocados por el Amianto: Jurisdicción competente y responsabilidad civil”, en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 17, 2016, págs. 192 y ss.

ESCUDERO RODRÍGUEZ, R. “Legislación y prevención de riesgos laborales en el sector sanitario”, en *Revista de administración sanitaria siglo XXI*, núm. 4, 2004, págs. 557 y ss.

GARCÍA VIÑA, J. “Indemnización por daños y perjuicios en el orden social”, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 173, 2015, págs. 25 y ss.

GINÈS I FABRELLAS, A. “Coordinación de indemnizaciones derivadas de accidente de trabajo y enfermedad profesional”, en *InDret*, Barcelona, 2013.

GÓMEZ LIGÜERRE, C. “Responsabilidad civil y responsabilidad laboral derivadas de una misma contingencia profesional. De nuevo sobre la jurisdicción competente”, en *InDret*, Barcelona, 2016.

LÓPEZ GANDÍA, J; BLASCO LAHOZ, JF. *Curso de prevención de riesgos laborales*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

MEDIAVILLA CABO, JV. “Responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria en situación de crisis derivada del COVID 19”, en *Revista de Derecho VLex*, núm. 191, 2020.

MOLINS GARCÍA-ATANCE, J. “La responsabilidad civil del empresario derivada de los accidentes de trabajo”, en *Nueva revista española de derecho del trabajo*, núm. 214, 2018, págs. 27 y ss.

MORENO BRENES, P. “El Estado de Alarma y la prevención de riesgos laborales”, en *Diario La Ley*, núm. 9616, Wolters Kluwer, 2020.

REGLERO CAMPOS, LF; BUSTO LAGO, JM. *Tratado de Responsabilidad Civil*. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014.

- *Lecciones de responsabilidad civil*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2013.

RICO LETOSA, S. “Daños por enfermedad profesional y valoración de la responsabilidad civil: una tarea complicada. SJS Las Palmas de Gran Canaria, núm. 9, de 8 de mayo de 2017 (AS 2017, 575)”, en *Nueva revista española de derecho del trabajo*, núm. 207, 2018, pág. 315 y ss.

ROCA TRÍAS, E; NAVARRO MICHEL, M. *Derecho de daños: textos y materiales*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016.

ROMERAL HERNÁNDEZ, J. “Daños por accidente de trabajo y criterios de cuantificación” en *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 16, 2008, págs. 49 y ss.

SÁEZ LARA, C. “Responsabilidad patrimonial de la Administración y derecho a la seguridad y a la protección de la salud en el trabajo de los empleados públicos”, en *Revista española de derecho del trabajo*, núm. 145, 2010, págs. 55 y ss.

SALA FRANCO, T. *Derecho de la prevención de riesgos laborales*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

SEMPERE NAVARRO, AV.; SAN MARTIN MAZZUCCONI, C. “Indemnizaciones por daños y perjuicios previstas pero no cuantificadas en la legislación laboral: por accidente de trabajo o enfermedad profesional / Recargo de prestaciones”, en *La Indemnización por Daños y Perjuicios en el Contrato de Trabajo*, Aranzadi, 2011. (Consultado online).

VEIGA COPO, AB. “Fuerza mayor, pandemia y seguro”, en *Guía práctica del seguro ante el Covid-19*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2020. (Consultado online).

VIII. JURISPRUDENCIA CONSULTADA

Tribunal Supremo

- ATS (Sala 3ª) de 20/04/2020. (ECLI: ES:TS:2020:2446ª).
- ATS (Sala 3ª) de 25/03/2020 (ECLI: ES:TS:2020:2418ª)
- ATS (Sala 3ª) de 31/03/2020 (ECLI: ES:TS:2020:2425ª).
- STS (Sala 4ª) 122/2020, de 11/02/2020. (ECLI: ES:TS:2020:725).
- STS (Sala 4ª) 99/2020, de 04/02/2020. (ECLI: ES:TS:2020:420).
- STS (Sala 4ª) 149/2019, de 28/02/2019. (ECLI: ES:TS:2019:983).
- STS (Sala 4ª) 97/2019, de 07/02/2019. (ECLI: ES:TS:2019:716).
- STS (Sala 4ª) 1039/2018, de 11/12/2018. (ECLI: ES:TS:2018:4503).
- STS (Sala 3ª) 1177/2016, de 25/05/2016. (ECLI: ES:TS:2020:641).

- STS (Sala 4ª) de 02/03/2016. (ECLI: ES:TS:2016:1260).
- STS (Sala 4ª) de 18/05/2015. (ECLI: ES:TS:2015:3031)
- STS (Sala 4ª) de 04/05/2015. (ECLI: ES:TS:2015:2827).
- ATS (Sala 2ª) de 05/12/2014. (ECLI: ES:TS:2014:9985ª).
- STS (Sala 4ª) de 05/11/2014. (ECLI: ES:TS:2014:5221).
- STS (Sala 4ª) de 09/06/2014. (ECLI: ES:TS:2014:2786).
- STS (Sala 4ª) de 05/03/2013. (ECLI: ES:TS:2013:1507).
- STS (Sala 4ª) de 10/12/2012. (ECLI: ES:TS:2012:8654).
- STS (Sala 3ª) de 22/06/2012. (ECLI: ES:TS:2012:4574).
- STS (Sala 4ª) de 18/04/2012. (ECLI: ES:TS:2012:3042).
- STS (Sala 3ª) de 10/04/2012. (ECLI: ES:TS:2012:2670).
- STS (Sala 4ª) de 14/02/2012. (ECLI: ES:TS:2012:1533).
- STS (Sala 4ª) de 01/02/2012. (ECLI: ES:TS:2012:1189).
- STS (Sala 4ª) de 24/01/2012. (ECLI: ES:TS:2012:966).
- STS (Sala 4ª) de 30/06/2010. (ECLI: ES:TS:2010:4801).
- STS (Sala 1ª) 840/2008, de 03/12/2008. (ECLI: ES:TS:2008:6665).
- STS (Sala 3ª) de 03/11/2008. (ECLI: ES:TS:2008:5908).

- STS (Sala 1ª) 688/2008, de 24/07/2008. (ECLI: ES:TS:2008:4242).
- STS (Sala 4ª) de 20/12/2007. (ECLI: ES:TS:2007:9010).
- STS (Sala 1ª) 413/2004, de 24/05/2004. (ECLI: ES:TS:2004:3534).
- STS (Sala 1ª) 337/2004, de 29/04/2004. (ECLI: ES:TS:2004:2875).
- STS (Sala 4ª) de 08/10/2001. (RJ 2002/1424).
- STS (Sala 4ª) de 02/10/2000. (ECLI: ES:TS:2000:6957).
- STS (Sala 4ª) de 22/12/1997. (ECLI: ES:TS:1997:7939).
- STS (Sala 3ª) de 20/10/1997. (ECLI: ES:TS:1997:8084).
- STS (Sala 4ª) de 20/02/1986. (ECLI: ES:TS:1986:11267).

Tribunal Superior de Justicia

- ATSJ Bilbao (Sala de lo Social) de 15/04/2020. (ECLI: ES:TSJPV:2020:8ª).
- STSJ Cáceres (Sala de lo Social) 136/2020, de 10/03/2020. (ECLI: ES:TSJEXT:2020:208).
- STSJ Murcia (Sala de lo Social) de 09/03/2020. (ECLI: ES:TSJMU:2020:360).
- STSJ Coruña (Sala de lo Social) 900/2020, de 18/02/2020. (ECLI: ES:TSJGAL:2020:325).
- STSJ Santa Cruz de Tenerife (Sala de lo Social) de 16/01/2020. (ECLI: ES:TSJICAN:2020:30).

- STSJ Valencia (Sala de lo Social) 3683/2019, de 25/11/2019 (ECLI: ES:TSJCV:2019:6306).
- STSJ Coruña (Sala de lo Social) de 27/09/2019. (ECLI: ES:TSJGAL:2019:5181)
- STSJ Oviedo (Sala de lo Social) de 25/07/2019. (ECLI: ES:TSJAS:2019:3301).
- STSJ Oviedo (Sala de lo Social) 831/2019, de 16/04/2019. (ECLI: ES:TSJAS:2019:1085).
- STSJ Coruña (Sala de lo Social), de 09/04/2019. (ECLI: ES:TSJGAL:2019:2391).
- STSJ Barcelona (Sala de lo Social) 1083/2019, de 01/03/2019. (ECLI: ES:TSJCAT:2019:1403).
- STSJ Barcelona (Sala de lo Social) 5923/2018, de 09/11/2018. (ECLI: ES:TSJCAT:2018:9430).
- STSJ Burgos (Sala de lo Social) 621/2018, de 08/10/2018. (ECLI: ES:TSJCL:2018:3549).
- STSJ Madrid (Sala de lo Social) 479/2018, de 25/05/2018. (ECLI: ES:TSJM:2018:5899).

Audiencia Provincial

- AAP Madrid (Sala de lo Penal) 467/2017, de 08/06/2017. (ECLI: ES:APM:2017:2554^a).