

EL TRATAMIENTO DE LA COVID-19 DESDE LA ACCIÓN PROTECTORA DISPENSADA POR LA SEGURIDAD SOCIAL A LAS PERSONAS TRABAJADORAS

Julen Llorens Espada

Profesor Contratado Doctor Interino de Derecho del Trabajo y de la
Seguridad Social de la Universidad Pública de Navarra

Abstract

El presente estudio realiza un recorrido por el devenir legislativo que la SARS-CoV-2 ha recibido como contingencia protegida por la Seguridad Social en los diferentes estadios de progreso de la pandemia. Concretamente, se analiza el proceso que se ha seguido desde su inicial consideración como contingencia común hasta su (cuasi) reconocimiento como enfermedad profesional para un determinado sector de la población trabajadora. En esta labor, se acomete un estudio de la conflictividad judicial que ha generado esta materia y se apuntan a las principales anomalías y problemas jurídicos generados por esta escalonada asimilación normativa.

This study takes a tour of the legislative evolution that was given to SARS-CoV-2 as an occupational hazard protected by Social Security during the different stages of progress of the pandemic. Specifically, the process that has been followed from its initial consideration as a common contingency to its (quasi) recognition as an occupational disease for a certain sector of the working population is analyzed. In this work, a study of the judicial conflict that this matter has generated is undertaken and the main anomalies and legal problems generated by this staggered normative assimilation are pointed out.

Title: The treatment of covid-19 from the protective action provided by social security to employees

Palabras clave: Covid-19, Accidente de Trabajo, Enfermedad profesional, prestaciones de la Seguridad Social

Keywords: Covid-19, Work Accident, Occupational disease, Social Security benefits

IUSLabor 3/2022, ISSN 1699-2938, p. 4-30

DOI. 10.31009/IUSLabor.2022.i03.01

Fecha envío: 17.06.2022 | Fecha aceptación: 31.08.2022 | Fecha publicación: 19.12.2022

Sumario

1. Asimilación prestacional del Covid-19 a Accidente de Trabajo
2. La (posible) complementación de las prestaciones con mejoras voluntarias
3. La enfermedad como contingencia de Accidente de Trabajo para personal de centros sanitarios y socio sanitario
4. Covid 19 como enfermedad profesional para el personal de centros sanitarios y sociosanitarios
5. La enfermedad profesional como un sistema de “lista cerrada” y el Coronaviridae
6. Covid persistente o *long covid* e incapacidad
7. Bibliografía

1. Asimilación prestacional del Covid-19 a Accidente de Trabajo

La irrupción y propagación de los casos de Covid-19 han obligado a la creación de una normativa social de urgencia y, en ocasiones, a la reinterpretación del ordenamiento jurídico español para lograr una adecuada gestión de la crisis sanitaria ocasionada por el SARS-CoV-2 desde la perspectiva de la protección social. Una normativa “*excesivamente cambiante, con importantes lagunas y contradicciones*”¹, pero que se ha ido cincelandando sobre el vertiginoso devenir de los acontecimientos para dar una respuesta jurídica lo más coherente posible con la problemática que el virus ha ido desvelando.

La crisis sanitaria afectó en un inicio, mayoritariamente, a personas trabajadoras, ya fuesen por cuenta ajena o por cuenta propia, que debían mantener la presencialidad en el trabajo y se sometían por ende a una directa exposición al virus². Influyó también en la restante población ocupada, toda aquella persona que no pudo disfrutar de una transformación del trabajo en la modalidad a distancia, pues se encontró con la imposibilidad de prestar sus servicios y se vio abocada a la suspensión de los contratos de trabajo por expedientes de regulación de empleo.

Ante esta situación las medidas prestacionales del Estado Social resultaron una pieza angular dentro de la acción protectora contra las consecuencias irrogadas por el Covid-19, garantizando, mediante la colectivización del riesgo, que las personas trabajadoras afectadas por la enfermedad, o que se vieran imposibilitadas de prestar servicios como consecuencia de las medidas de acción preventiva, pudieran disponer de una prestación económica suficiente para hacer frente al cese de la actividad.

La Exposición de Motivos del Real Decreto-ley 6/2020, de 10 de marzo, por el que se adoptan determinadas medidas urgentes en el ámbito económico y para la protección de la salud pública, preconizaba la consideración de situación asimilada a accidente de trabajo a efectos de la prestación económica por incapacidad temporal del sistema de Seguridad Social, de los periodos de aislamiento o contagio de las personas trabajadoras como consecuencia del virus COVID-19. Con ello, se buscaba evitar la propagación de la enfermedad y mantener la protección social de los trabajadores por cuenta propia o ajena. Es decir, sobre la base de proteger la salud pública, se decide extender el ámbito

¹ VILA TIERNO, Francisco, “Crisis del empleo en la situación generada por el Covid-19. Antecedente”, en VILA TIERNO, Francisco y FERNÁNDEZ RAMÍREZ, Marina (Cordinadoras), “La respuesta normativa a la crisis laboral por el Covid-19”, *Laborum*, Murcia, 2020, p. 17 y siguientes.

² ROJO TORRECILLAS, Eduardo, “Emergencia sanitaria y legislación laboral. ¿Qué respuestas a la crisis? Análisis de la normativa dictada en España”, en RODRÍGUEZ PIÑERO y BRAVO FERRER, Miguel y CASAS BAAMONDE, María Emilia, *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ante la pandemia*, Francis Lefebvre, Madrid, 2020, p. 136.

del subsidio económico propio de los accidentes de trabajo para abarcar temporalmente a situaciones que de otro modo quedarían fuera de ello, por no derivarse estas de un infortunio laboral.

De esta manera, el artículo 5 RD-ley 6/2020 generó una ficción jurídica al reconocer en situación de Incapacidad Temporal (en adelante, IT) a personas que se encontraban aisladas o con restricción de su movilidad, pero sin padecer enfermedad alguna ni requerir tratamiento médico asistencial, así como al otorgar una prestación económica propia de contingencia profesional a personas enfermas de lo que, en principio, se presentaba como una enfermedad común³. Mediante el Criterio 4/2020 DGSS se reconocería el efecto retroactivo de esta medida para los casos previos a su entrada en vigor, haciendo retrotraer sus efectos a la fecha en la que se hubiese acordado el aislamiento o diagnosticado el contagio, en tanto hasta ese momento los períodos de IT con ocasión del Covid-19 venían siendo reconocidos como de IT derivada de enfermedad común (Criterio 2/2020 DGSS). Esta asimilación de la que se beneficiarían tanto las personas trabajadoras por cuenta ajena como propia, circunscribió sus efectos a la cuantía prestacional, sin hacerse extensiva a la prestación de asistencia sanitaria, que se mantendría como derivada de enfermedad común⁴.

En lo que hace al trabajador especialmente sensible se refiere, y que el Ministerio de Sanidad ha definido como grupos vulnerables para COVID-19, cuando quedase acreditada desde el Servicio de Prevención la indicación de aislamiento por imposibilidad de reubicación en puesto exento de riesgo COVID 19 de manera individualizada, la consecuente IT tendría el mismo tratamiento que recibiría la persona trabajadora de haber contraído el SARS-CoV-2, en aplicación del artículo 5 RD-ley 6/2020. Como apunta la STSJ de Asturias, de 07 de diciembre de 2021 (rec. nº 2071/2021), *“para que un trabajador que no es positivo en covid, ni padece sintomatología que así lo haga sospechar y no sea contacto estrecho con un positivo, pueda causar baja por riesgo para su salud derivada del posible contagio del citado SARS- CoV-2, es preceptivo en primer lugar que sea calificado como "especialmente sensible al riesgo del SARS-CoV-2", en segundo lugar que preste servicios que impliquen riesgo cierto de contacto con personas sintomáticas, y en último lugar que no sea posible adoptar otras medidas de adaptación o cambio de puesto que disminuyan el riesgo de contacto con personas sintomáticas."*

³ ARAGÓN GÓMEZ, CRISTINA, “El Covid-19 como riesgo causante de prestaciones de Seguridad Social”, en RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, MIGUEL Y CASAS BAAMONDE, MARÍA EMILIA, *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ante la pandemia*, Francis Lefebvre, Madrid, 2020, p. 295. Esta medida sería encontrada continuidad en la disposición final 1 Real Decreto-ley 13/2020.

⁴ Esta misma previsión se extendería al funcionariado público a través del artículo 11 Real Decreto-ley 7/2020, de 12 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes para responder al impacto económico del COVID-19.

Esta instrumentalización del proceso de incapacidad temporal para en un contexto de excepcionalidad ser puesta a disposición de la sanidad pública, generó lógicas mixtas como que para su reconocimiento sí se exigiese que las personas beneficiarias se encontrasen de alta como requisito *sine qua non* para la prestación, a diferencia del alta presunta propia del régimen de contingencias profesionales. Del mismo modo, esa simbiosis se reflejó en que los partes médicos eran emitidos por facultativos del sistema público de salud con la calificación de enfermedad común, pero el abono de la prestación correspondía a la entidad gestora o colaboradora de la contingencia profesional.

Con esta medida se consiguió que la cuantía prestacional del colectivo perceptor aumentase sustantivamente, de un 60 por ciento de la Base Reguladora prevista para la enfermedad común (entre el 4º y el 20º día) al 75 por ciento de la Base Reguladora de IT por contingencias profesionales, así como que las personas afectas cobrasen el subsidio desde el primer día de IT, evitando los tres primeros días sin prestación económica del régimen de contingencias comunes en los que es la parte trabajadora quien asume ese coste. Paralelamente, este reconocimiento a efectos de prestaciones económicas redirigió la carga del pago de la prestación que, de otro modo, asumiría la empresa del 4º al 15º día en los casos de contingencias comunes, para ser entonces la entidad gestora de la Seguridad Social quien pasa a contraer el coste del abono de la prestación desde el inicio. Igualmente, esta asimilación evitó la exigencia del período de cotización necesario de 180 días en los 5 años anteriores a su solicitud. En suma, esta modificación generó que el Estado reforzase su escudo protector para ayudar simultáneamente a las personas imposibilitadas a prestar su actividad laboral, del mismo modo que se asistía a las empresas que súbitamente se vieron con la necesidad de afrontar unos inesperados costes en un contexto de cesación o disminución drástica de sus entrantes económicos.

Lo antedicho no resultaba óbice para la plena vigencia en todo momento del artículo 156.2 e) Ley General de la Seguridad Social (en adelante, TRLGSS)⁵, de modo que cuando una persona trabajadora pudiese probar que la enfermedad traía causa “exclusiva” en la ejecución del trabajo y, por ende, se contrajese con motivo de la realización del mismo, se reconociese la etiología laboral de la enfermedad y, categorizada como “enfermedad derivada del trabajo”, se obtuviese el reconocimiento de la contingencia profesional a todos los efectos, superando la equiparación a los solos efectos de prestación económica que preveía el RD-ley 6/2020.

Respecto a esto último, resulta evidente la dificultad probatoria que para la parte trabajadora acarrea la prueba del nexo causal directo y exclusivo entre la enfermedad y el trabajo, máxime, en un escenario de pandemia y con un virus que presenta los primeros

⁵ STSJ de Madrid, de 17.2.2022 (rec. nº 630/2021).

síntomas en un umbral de entre 1 a 14 días desde el contagio. Se trata de un nexo de causalidad más fuerte o estricto que el requerido para el reconocimiento de accidente de trabajo, del que se excluyen las situaciones en las que hayan concurrido diversos agentes causales⁶, así como la derivadas de una relación de causalidad indirecta⁷. El trabajar en un entorno laboral de “*alto riesgo*” con una “*elevada exposición al virus en el trabajo dado el contagio del 58% de personas (usuarios y trabajadores) del centro de trabajo*”, junto a una situación de restricción total de movimientos sociales en el que las salidas de casa se limitaban a ir al trabajo o a la compra de la alimentación básica, ha sido considerado como elemento indiciario suficiente para admitir una presunción judicial en sentido favorable a reconocer el factor laboral como causa exclusiva de la enfermedad contraída por la víctima⁸.

Como recalca además la STSJ de Madrid, de 21.2.2022 (rec. nº 847/2021), la enfermedad del Covid-19 no se vería incluida dentro de la presunción de tiempo y lugar de trabajo que prevé el artículo 156.3 TRLGSS para el reconocimiento de la contingencia como profesional, en tanto es esta una presunción que no alcanza a aquellas enfermedades que por su naturaleza excluyan una etiología laboral y, en un escenario de pandemia, “*resulta evidente que el Covi-19 no es una enfermedad que puede ser causada por el trabajo, y de hecho, la situación de pandemia afectó a personas de toda población*”. Esto generará, como se verá en líneas posteriores, un mayor rigor probatorio del nexo causal cuando en efecto, el foco de contagio se encontrase en el puesto de trabajo.

Por su parte, la asimilación exclusiva de la IT al Accidente de Trabajo a los solos efectos de la cuantía prestacional presentaba importantes carencias, no ya solo por la exclusión de la prestación de asistencia sanitaria, sino también por excluir la calificación sobre otras posibles prestaciones que pudiesen derivarse en un futuro en forma de pensiones de incapacidad permanente en sus diferentes grados, así como las prestaciones por muerte y supervivencia, viudedad y orfandad, o el reconocimiento de un recargo de prestaciones. Ello podría además resultar determinante para la clasificación como profesional de futuras posibles derivaciones de la enfermedad, como podría suceder con el “*long-covid*” o “*covid persistente*”.

⁶ MARTÍNEZ BARROSO, María de los Reyes, *Las Enfermedades asimiladas al accidente de trabajo en la doctrina de los Tribunales*, Consejo General de Graduados Sociales de España, Madrid, 2004, p. 45.

⁷ GINÈS I FABRELLAS, Anna, *Prestaciones de la Seguridad Social por contingencias profesionales*, Bomarzo, Albacete, 2012, p. 20.

⁸ STSJ de Cantabria, de 25.10.2021 (rec. nº 629/2021).

2. La (posible) complementación de las prestaciones con mejoras voluntarias

Otra de las lagunas de alcance generadas por la asimilación reducida y que ha sido fuente de un elevado índice de judicialización, resulta el de si debían las empresas complementar las cuantías prestacionales con los complementos que en forma de mejoras voluntarias de la Seguridad Social son reconocidos en los convenios colectivos, normalmente dirigidos a complementar porcentualmente la cuantía de la prestación, pero que pueden aparecer como entrega de una cantidad a tanto alzado, una prestación de carácter temporal o una pensión vitalicia (artículo 43 TRLGSS)⁹. La dicción del RD-ley por la que se equipara “*exclusivamente para la prestación económica de incapacidad temporal del sistema de Seguridad Social*”, no aporta información adicional al respecto.

Cuando el Convenio Colectivo prevé la mejora ante “*casos de incapacidad temporal causada por accidente laboral o enfermedad profesional*”, la naturaleza híbrida de la IT generada *ex* artículo 5 RD-ley 6/2020 se ha considerado como no apta para dar lugar al reconocimiento de la mejora voluntaria, en tanto nos encontramos con supuestos considerados en ese momento como de enfermedad común, si bien, con efectos de accidente de trabajo en lo que al subsidio económico se refiere. Cierto es que las mejoras voluntarias, a pesar de su origen convencional, se integran dentro de la acción protectora de la Seguridad Social, “*no obstante, se puede afirmar que poseen una naturaleza jurídica ambivalente, al situarse fuera del núcleo institucional de esta acción protectora, no existiendo una total asimilación con las mismas*”¹⁰. Su regulación se encuentra en el artículo 43 y no dentro del artículo 42 TRLGSS referido a la acción protectora del sistema de la Seguridad Social.

El Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse respecto a la posible extensión de las mejoras voluntarias por IT derivada de accidente de trabajo cuando el convenio colectivo lo circunscribe a la contingencia profesional, postulándose por entender que no cabe la extensión de las mismas a las situaciones de asimilación a efectos prestacionales *ex* artículo 5 RD-ley 6/2020. Entiende que la extensión no se encontraría entre la finalidad buscada por las partes negociadoras en el momento de la firma de la cláusula concreta, a lo cual se une que las mejoras voluntarias se incardinan a las prestaciones de la IT de etiología laboral, y no a las contingencias comunes asimiladas a los meros efectos prestacionales a la IT por accidente de trabajo¹¹.

⁹ ARAGÓN GÓMEZ, Cristina, “El Covid-19 como...”, *op. cit.*, p. 306.

¹⁰ Desestimando el reconocimiento de la mejora voluntaria, véase STSJ de la C. Valenciana, de 29.9.2020 (rec. nº 17/2020).

¹¹ STS de 20.1.2022 (rec. nº 269/2021).

En la misma línea se había pronunciado la doctrina judicial aludiendo al artículo 1283 Código Civil, en el que se recoge que “*cualquiera que sea la generalidad de los términos de un contrato no deberán entenderse comprendidos en él cosas distintas y casos diferentes aquellos sobre los que los interesados se propusieron contratar*”¹², y desde una interpretación teleológica de las mejoras voluntarias, lo habitual será que su extensión a los supuestos excepcionales generados con la normativa de contingencia que aquí analizamos estuviese fuera del propósito de las partes firmantes¹³.

Parte de la doctrina ha considerado que tales mejoras voluntarias debieran entrar dentro de la asimilación prestacional realizada por el legislador, en tanto en lo no expresamente previsto en la dicción de las mismas, estas se regulan por las normas propias del Sistema de Seguridad Social y, por ende, se integra dentro de la prestación propia de este¹⁴.

De lo que no cabe interpretación es de la extensión de las mejoras voluntarias a todas aquellas situaciones en las que la enfermedad Covid-19 no se reduzca a una asimilación a AT a efectos únicamente de las prestaciones, sino que dé lugar al reconocimiento de una contingencia profesional, ya sea por la vía del artículo 156.2 e) Ley General de la Seguridad Social, o por las equiparaciones totales al Accidente de Trabajo que para el personal sanitario y socio-sanitario serían publicadas posteriormente en el derecho de contingencia.

3. La enfermedad como contingencia de Accidente de Trabajo para personal de centros sanitarios y socio sanitarios

Posteriormente, con la intención de dar solución a las carencias mencionadas, y manteniendo vigente el marco de asimilación explicado previamente, el artículo 9 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, vino a recoger una presunción como de “enfermedad del trabajo” y, por ende, como accidente de trabajo, de los contagios de SARS-CoV2 que durante cualquiera de las fases de la epidemia fuese contraído por el personal que presta servicios en centros sanitarios o socio-sanitarios, por haber estado expuestos a ese riesgo específico durante la prestación de servicios sanitarios y socio-sanitarios¹⁵.

¹² STSJ de Castilla y León, de 10.3.2021 (rec. nº 40/2021).

¹³ BARRIOS BAUDOR, Guillermo Leandro, “Asimilación a accidente de trabajo COVID-19 y mejoras voluntarias de la prestación económica por incapacidad temporal: breve apunte”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 3, 2021, p. 4.

¹⁴ ARAGÓN GÓMEZ, Cristina, “El Covid-19 como...”, *op. cit.*, p. 306.

¹⁵ El Real Decreto-ley 27/2020, de 4 de agosto, de medidas financieras, de carácter extraordinario y urgente, aplicables a las entidades locales, prorrogó la vigencia del articulado, que finalmente sería reformulado a

Esta misma calificación vendría corroborada por la disposición adicional cuarta del Real Decreto-ley 8/2020, de 22 de septiembre, que en su tenor literal recogía que “*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 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) TRLGSS*”.

Este reconocimiento evitó la necesidad de que este personal, de primera línea de acción ante la pandemia, tuviese que demostrar la exclusividad causal de la enfermedad para con la exposición al virus en el entorno laboral¹⁶, produciéndose entonces una calificación casi automática de la etiología profesional de la enfermedad¹⁷. No obstante, para que esta opere deben concurrir una serie de requisitos.

A pesar del avance aparente de esta presunción *iuris et de iure*, no se entiende que el legislador no se decantase directamente por el reconocimiento de la contingencia como enfermedad profesional y siguiese circunscribiendo como accidente de trabajo lo que, de modo directo ahora, reconocía como una etiología de carácter laboral¹⁸. La Organización Mundial de la Salud (OMS), se habría referido para entonces a la necesidad de reconocer como enfermedad profesional la exposición y contagio del SARS.Cov.2 por personal sanitario¹⁹.

En relación al ámbito de aplicación, la medida se concentra en el “*personal que presta servicios en centros sanitarios o socio-sanitarios*” inscritos en los registros correspondientes, siempre que el ejercicio de su profesión conlleve la prestación de servicios sanitarios y socio-sanitarios. De ello, sobre la base del Criterio técnico 22/2020 del INSS, quedan excluidas las prestaciones causadas por personal que, a pesar de prestar servicios en estas instalaciones, desempeñe funciones distintas a la prestación de servicios sanitarios o socio-sanitarios, como podría ser el personal administrativo o el de limpieza.

través de la disposición adicional cuarta del Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia

¹⁶ SJS de Barcelona, de 27.9.2021 (nº proc. 490/2020).

¹⁷ BARRIOS BAUDOR, Guillermo Leandro, “COVID-19: consideración como accidente de trabajo respecto del personal que presta servicios en centros sanitarios y socio-sanitarios”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 9, 2020, p. 4.

¹⁸ *Ibid.*, p. 5; ARAGÓN GÓMEZ, Cristina, “El Covid-19 como...”, *op. cit.*, p. 26.

¹⁹ OMS: *Coronavirus disease (COVID-19) outbreak: rights, roles and responsibilities of health workers, including key considerations for occupational safety and health*. 19.3.2020.

En este sentido, parece un desacierto la exclusión de profesionales como el personal de limpieza que se encuentran, al igual que el personal sanitario y socio-sanitario, en contacto directo con el SARS-CoV-2, realizando funciones con exposición a focos de contagio y manipulación de material infeccioso, y su labor se encuentra igualmente localizada en centros sanitarios o socio-sanitarios. Máxime, esta interpretación restrictiva que recoge el Criterio técnico se presenta *contra legem*, introduciendo una limitación que no se desprende de la dicción literal del texto legal, de mayor amplitud subjetiva, y en la que quedarían incluidos estos colectivos sobre los que resultan predicables los mismos argumentos que para el personal estrictamente sanitario o socio-sanitario.

En corrección de la inicial exclusión, el Criterio técnico 8/2021 incluirá en el ámbito subjetivo de aplicación de la medida al colectivo profesional de celadores por considerar que estos también tienen “*encomendadas en dichos centros, les confieren, en sentido amplio, funciones sanitarias en cuanto a traslados, movilizaciones o aseo personal (entre otras)*”. Quedan incluidas las prestaciones causadas por personal sanitario o socio-sanitario que presta servicios dentro o fuera de centros sanitario o socio-sanitarios, pero se excluye el del restante personal que presta servicios fuera de ellos.

Respecto a qué instalaciones o dependencias quedan incluidas, “*cabe considerar centros sanitarios o socio-sanitarios únicamente a los centros dedicados a actividades comprendidas en la sección Q (“actividades sanitarias y de servicios sociales”) de la CNAE, si bien solo las que se enumeran en la División 86 (“actividades sanitarias”) y dentro de la 87 solo los del grupo 87.1 (“Asistencia en establecimientos residenciales con cuidados sanitarios”)”²⁰. De ello, se excluyen las actividades enmarcadas en los grupos 8720.- Asistencia en establecimientos residenciales para personas con discapacidad intelectual, enfermedad mental y drogodependencia, 8731.- Asistencia en establecimientos residenciales para personas mayores, 8732.- Asistencia en establecimientos residenciales para personas con discapacidad física, 8790.- Otras actividades de asistencia en establecimientos residenciales, 8811.- Actividades de servicios sociales sin alojamiento para personas mayores, 8812.- Actividades de servicios sociales sin alojamiento para personas con discapacidad, 8891.- Actividades de cuidado diurno de niños, 8899.- Otras actividades de servicios sociales sin alojamiento n.c.o.p.*

Resulta extraña la exclusión de algunas de las actividades antedichas, como puede ser el caso de las actividades en residencias para mayores pero sin asistencia sanitaria, en tanto sus profesionales se han encontrado en directo contacto con entornos de alto riesgo, con disparadas tasas de incidencia de contagios y mortalidad, y si bien es cierto que las labores en ellas no están catalogadas como actividades sanitarias, sí que estaban realizando

²⁰ Criterio técnico 22/2020 del INSS.

servicios auxiliares con exposición y contacto directo con el SARS-Cov-2 y, a menudo, sin las más elementales medidas preventivas. Como recogió Médicos Sin Fronteras, *“las residencias tenían un déficit estructural de recursos y de supervisión sanitaria y ningún plan de contingencia. Esta combinación hizo inviable la respuesta a la epidemia. Carecían de recursos sanitarios y asistenciales, lo que tuvo un impacto directo en la salud de los residentes, cuando recayó en estructuras diseñadas para situaciones sociales (de vivienda o residencia) la responsabilidad de un recurso sanitario de urgencia, de vida o muerte”*²¹.

La STSJ de Castilla-León, de 28.2.2022 (rec. nº 1667/2021), con el objeto de delimitar qué centros encajan dentro del ámbito sanitario o socio sanitario acude a la normativa específica de la Comunidad Autónoma relativa al régimen jurídico y el procedimiento para la autorización y Registro de Centros, Servicios y Establecimientos Sanitarios y Sociosanitarios, y excluye por ende del ámbito de aplicación del artículo 9 RD-ley 19/2020 el supuesto de un trabajador que desarrollaba labores de camarero y limpiador en una residencia geriátrica. Considera el Tribunal que no cabe incluir a estos centros dentro de los establecimientos del RD-ley, y no puede reconocerse la etiología profesional de la contingencia al no haberse probado en este caso la causa exclusiva del trabajo que exige el artículo 156.2 e) TRLGSS.

Respecto al siguiente de los requisitos recogidos en el artículo 9 Real Decreto-ley 19/2020, la exposición al riesgo específico del SARS-CoV-2 durante la ejecución de la prestación y el consiguiente contagio, serían acreditados por el Servicio de Prevención correspondiente. El contagio se consideraría producido en la fecha en la que quede acreditado el accidente de trabajo.

Por su parte, la STSJ de Madrid, de 23.3.2022 (rec. nº 1277/2022), ha considerado, a mi juicio acertadamente, que la falta de constatación del riesgo de contagio en el puesto de trabajo específico en el informe de los Servicios de Prevención de Riesgos Laborales no puede ser alegado como causa directa de exclusión del supuesto dentro del ámbito del artículo 9.1 RD-ley 19/2020, *“porque esa mención legal solo puede interpretarse como un medio de prueba privilegiado, no como una derogación de toda la legislación administrativa y procesal relativa a la prueba, de manera que queden excluidos los demás medios probatorios de la existencia del riesgo de exposición al virus”*. Digamos que el informe supone una suerte de presunción que, ante su ausencia, exige de una acreditación específica por parte del trabajador de que se ha estado expuesto al foco de contagio, que deberá probar dónde, en qué momento y circunstancia se produjo la

²¹ Informe *Poco, tarde y mal. El inaceptable desamparo de las personas mayores en las residencias durante la COVID-19 en España*. Médicos Sin Fronteras, agosto 2020, p. 31 (disponible en: <https://www.msf.es/sites/default/files/documents/medicossinfronteras-informe-covid19-residencias.pdf>)

exposición, para determinar si se produjo con ocasión o por consecuencia del trabajo. En ello, además, insiste la sentencia antedicha, el requisito de probar que se ha estado expuesto al riesgo específico no exige una acreditación de exposición o contacto directo al virus, siendo suficiente probar que hubo “*un riesgo cierto y probable de contacto*” que, en el caso de autos, se complementaba con el desempeño de la actividad laboral sin los Equipos de Protección Individual apropiados.

En estos supuestos, a diferencia del ámbito extensivo del régimen de asimilación del artículo 5 RD-ley 6/2020, la calificación de la contingencia como profesional se produce a todos los efectos, más allá del subsidio económico, e influirá sobre el resto de consecuencias inherentes a tal condición, como sucede con la prestación de asistencia sanitaria o las subsiguientes pensiones por incapacidad permanente o muerte y supervivencia, y demás efectos típicos de la gestión y dinámica de las prestaciones, el recargo de prestaciones, o las posibles responsabilidades empresariales por incumplimientos en materias de prevención de riesgos laborales²².

Ejemplo de lo anterior, STSJ de Cantabria, de 11.3.2022 (rec. nº 138/2022), en un supuesto enmarcado en el artículo 9 RD-ley 19/2020, en relación con el artículo 156. 2 e) TRLGSS, ha considerado que concurre una responsabilidad civil adicional que se extiende a la necesidad de indemnizar el daño moral que considera inherente a la vulneración de un derecho fundamental (artículo 182.1 a) LRJS) que en este caso se vincula con la gravedad del riesgo generado sobre el sector profesional sanitario concreto y la consiguiente conculcación del artículo 15 CE.

La equiparación a efecto de prestaciones económicas supuso igualmente que, en muchas de las CCAA²³, el personal médico que realizase guardias pero no hubiese podido realizarlas consecuencia de la IT, pudiese ahora reclamar el abono de la parte de las horas que correspondería a los días de baja (el denominado “prorrato”)²⁴.

Por su parte, el artículo 9.3 Real Decreto-ley 19/2020 estableció que “*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*”. Fuera de este espectro de

²² BARRIOS BAUDOR, Guillermo Leandro, “COVID-19: consideración...”, *op. cit.*, p. 16.

²³ Disponible en: <https://www.redaccionmedica.com/secciones/medicina/coronavirus-recorte-hasta-el-50-del-sueldo-medico-contagiado-6452>.

²⁴ Sindicato Médico de Navarra, *Si estuviste de baja por COVID y haces guardias, ¿ESTO TE INTERESA!*. Febrero 2020 (disponible en: <http://www.smn Navarra.org/wp-content/archivos/2022/02/GUARDIAS-COVID-19.pdf>).

cinco años, sobre este inicial marco legal, este régimen sólo sería aplicable si la contingencia había devenido en una incapacidad permanente o gran invalidez. Ello generaba otro claro tratamiento peyorativo para con el régimen de las enfermedades profesionales (en adelante, EP), ya que, a diferencia de los AT, cuando el fallecimiento trae causa de una EP se permite la prueba de la conexión entre el fallecimiento y la enfermedad, sin límite temporal.

4. Covid 19 como enfermedad profesional para el personal de centros sanitarios y sociosanitarios

El sistema de clasificación de contingencias español determina que una enfermedad deba encajar, de modo excluyente, o como enfermedad común (artículo 157 TRLGSS), como enfermedad profesional (artículo 158 TRLGSS), o como enfermedad derivada del trabajo (artículo 156.2 e) TRLGSS).

Lo hasta ahora visto ha mostrado el avance que ante la Covid-19 ha seguido el marco normativo proteccionista para caminar de un escenario de reconocimiento inicial como enfermedad común, para pasar a un reconocimiento, gradual, como enfermedad derivada del trabajo. No obstante, cabe preguntarse si no hubiera podido desde un inicio plantear su categorización como enfermedad profesional y extender las consecuentes prerrogativas jurídicas a las víctimas del SARS-Covid-19.

Con la promulgación del Real Decreto-ley 3/2021, de 2 de febrero, por el que se adoptan medidas para la reducción de la brecha de género y otras materias en los ámbitos de la Seguridad Social y económico, se estableció que *“el personal que preste servicios en centros sanitarios y sociosanitarios inscritos en los registros correspondientes que, en el ejercicio de su profesión, durante la prestación de servicios sanitarios o socio-sanitarios, haya contraído el virus SARS-CoV- 2, dentro del periodo comprendido desde la declaración de la pandemia internacional por la Organización Mundial de la Salud hasta el levantamiento por las autoridades sanitarias de todas las medidas de prevención adoptadas para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el mencionado virus SARS-CoV-2, tendrá las mismas prestaciones que el sistema de la Seguridad Social otorga a las personas que se ven afectadas por una enfermedad profesional”* (artículo 6.1 Real Decreto-ley 3/2021).

De este modo, se abandona la calificación como accidente de trabajo que para este colectivo se realizaba con anterioridad, y se pasa ahora a reconocer una asimilación prestacional de la contingencia a las prestaciones propias de la enfermedad profesional. Se crea así una presunción legal a operar cuando, mediando el informe del servicio de prevención y encontrándonos en el período temporal antedicho, el personal de este

colectivo haya contraído la enfermedad (artículo 6.2 y 3 Real Decreto-ley 3/2021). En coherencia con el reconocimiento de la patología laboral, se determina que “*la entidad responsable de dichas prestaciones será aquella que cubriera las contingencias profesionales en el momento de producirse la baja médica por contagio de la enfermedad*” (artículo 6.4 Real Decreto-ley 3/2021).

Cabe advertir que el movimiento del legislador a través de este artículo no viene a dejar sin efecto la equiparación que a accidente de trabajo, como enfermedad laboral, se reiteró a través del RD-ley 28/2020. De modo complementario a esa calificación se establece ahora una asimilación con el régimen de las enfermedades profesional a efecto de prestaciones, de modo que no se asiste a una equiparación nominal o de categoría, ya que estas enfermedades seguirán reconociéndose a efecto de contingencia como enfermedades derivadas de accidente de trabajo²⁵. Esta modificación normativa no genera la inclusión *de facto* de la enfermedad dentro del listado oficial del Anexo I del RD 1299/2006 y, en tanto sigue la línea de la legislación de emergencia o contingencia, encuentra un ámbito temporal de aplicación limitado hasta que las autoridades sanitarias decreten el levantamiento de todas las medidas de prevención adoptadas frente a la Covid-19²⁶.

Como consecuencia directa de esta equiparación al régimen prestaciones de las enfermedades profesionales, sí que quedaría derogado el límite de 5 años para reconocer la causa profesional de los fallecimientos que preveía el apartado 3 del artículo 6 RD-ley 28/2020, dirigido en exclusiva a los supuestos de régimen prestacional como accidente de trabajo.

En línea con las más recientes recomendaciones de la OMS²⁷, este movimiento de equiparación se acercaba a las reivindicaciones que desde los sindicatos mayoritarios se venían realizando para el completo reconocimiento como enfermedad profesional²⁸, si

²⁵ Criterio de gestión 4/2021 del INSS.

²⁶ MERINO SEGOVIA, Amparo y CONTRERAS HERNÁNDEZ, Óscar, “El tratamiento de las contingencias profesionales derivadas de la Covid-19”, en FERRANDO GARCÍA, Francisca María (Directora), *El escudo social frente a la pandemia. Análisis jurídico y propuestas para una legislación social más justa*, Bomarzo, Albacete, 2021, p. 340.

²⁷ OMS: *COVID-19: Occupational health and safety for health workers*. 2 de febrero de 2021.

²⁸ La Confederación Estatal de Sindicatos Médicos (CESM) reclamaba desde estadios tempranos de la pandemia la categorización de la enfermedad como profesional, incidiendo en que los profesionales sanitarios “*ya tenían reconocida como enfermedad profesional la enfermedad causada por coronavirus adquirida en el ejercicio de su profesión, circunstancia que no ha venido a corregir la Disposición Final Primera del RD-L 13/2020*”. (disponible en: <http://www.cesm.org/2020/04/09/cesm-reclama-que-el-contagio-por-covid19-sea-considerado-enfermedad-profesional/>); Por su parte, Comisiones Obreras (CCOO) reivindicaría igualmente la clasificación del SARS-Cov-2 en la categoría 4 del RD 664/1997 sobre la protección de los trabajadores y trabajadoras a riesgos biológicos y en la clasificación en el cuadro de

bien, otra vez más, el legislador no llegó a completar en su totalidad esta igualación al persistir una limitación subjetiva de un determinado colectivo profesional, excluyendo en ello a profesionales que también se encuentran en contacto directo con el foco de contagio.

Como recogía el Defensor del Pueblo, en respuesta afirmativa a la Asociación de Médicos y titulados superiores de Madrid (AMYTS), el avance de la equiparación de AT a EP acarrea notorias diferencias, como *“la imprescriptibilidad del reconocimiento de las prestaciones de Seguridad Social derivadas de enfermedad profesional, y la admisión para las prestaciones por muerte y supervivencia de la prueba del fallecimiento por enfermedad profesional sin límite temporal alguno, frente a los cinco años del accidente de trabajo, de conformidad con el artículo 217.2 TRLGSS. Eso por no hablar de las peculiaridades de la incapacidad permanente derivada de enfermedad profesional (artículo 199 TRLGSS), entre la que destaca la obligación empresarial de ofrecimiento de un puesto de trabajo sin riesgo de enfermedad profesional”*²⁹.

La equiparación a la enfermedad profesional genera nuevos efectos en forma de obligaciones empresariales, como la necesidad de realización de reconocimientos médicos previos y periódicos obligatorios al personal que haya de cubrir puestos de trabajo con riesgo de infección, con las correlativas responsabilidades por falta de cumplimiento (artículos 243 y 244 TRLGSS). Aparecen nuevas obligaciones preventivas y se establece el traslado de puesto de trabajo a otro exento de riesgo cuando se detecten síntomas de la enfermedad profesional³⁰.

En relación a los períodos de duración de la IT, se introducen los períodos de observación por enfermedad profesional con el fin del estudio y diagnóstico de la enfermedad, con una duración máxima de seis meses prorrogables por otros seis (artículo 169 1 b)

enfermedades profesionales (disponible en: https://sanidad.ccoo.es/noticia:538557--CCOO_celebra_el_apoyo_unanime_de_la_Comision_de_Sanidad_del_Congreso_a_considerar_enfermedad_profesional_los_contagios_por_Covid_en_el_entorno_sanitario&opc_id=f60bd050d030f43157b55a403c7ea6f7). Desde la Unión General de Trabajadores (UGT) se considerará *“una medida claramente insuficiente y exige su extensión a otros colectivos, como venimos reclamando desde el inicio de la pandemia, así como que tenga carácter retroactivo y se reconozcan de oficio como enfermedad profesional, aquellas patologías calificadas hasta ahora como accidente de trabajo”* (disponible en: <https://www.ugt.es/ugt-exige-que-la-enfermedad-profesional-por-covid-19-se-aplique-mas-colectivos/>).

²⁹ Disponible en: <https://www.defensordelpueblo.es/resoluciones/reconocimiento-de-la-covid-19-como-enfermedad-profesional-para-los-profesionales-sanitarios/>.

³⁰ CAVAS MARTÍNEZ, Faustino, “Las enfermedades profesionales ante el Sistema Español de Seguridad Social. Una visión panorámica”, en CAVAS MARTÍNEZ, Faustino (director), *Las Enfermedades Profesionales desde la perspectiva de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, p. 22 y 64 y siguientes (disponible en: https://www.seg-social.es/wps/wcm/connect/wss/cc901b09-e9fd-4565-87d4-6c8f117a6e99/F70_07N.pdf?MOD=AJPERES).

TRLGSS). En este sentido, los períodos de aislamiento del personal sanitario y socio-sanitario encajarían dentro del período de observación por enfermedad profesional.

Finalmente, la equiparación a la enfermedad profesional genera un importante avance tuitivo, máxime en el escenario de incertidumbre ante las futuras secuelas que pueden desembocarse de la enfermedad, debido a la imprescriptibilidad en su reconocimiento.

5. La enfermedad profesional como un sistema de “lista cerrada” y el *Coronaviridae*

El artículo 157 TRLGSS construye el concepto de enfermedad profesional sobre la concurrencia de tres elementos: que derive de un trabajo por cuenta ajena, la existencia de una lista que aglutine las enfermedades y la relación de causalidad. Este sistema de lista obliga a que la causa de la enfermedad sea una de las actividades expresamente previstas en un el cuadro legal y, adicionalmente, que dicha enfermedad derive de la acción de elementos o sustancias incluidas en dicho cuadro. De este modo, se recogen una serie de patologías asociadas a determinados trabajos con riesgo de generar la enfermedad profesional en cuestión, de forma que se exige que concurra tanto un nexo entre la enfermedad y la actividad, como entre la enfermedad y las sustancias nocivas ³¹.

El cuadro de enfermedades nos lo encontramos recogido en los Anexo I del 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. Por su parte, el Anexo II recoge lista complementaria de enfermedades cuyo origen profesional se sospecha.

Dentro del cuadro de enfermedades del Anexo I, el Grupo 3 será el relativo a las Enfermedades profesionales causadas por agentes biológicos, donde se integran 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” (Agente A, Subagente 1)³².

La Orden TES/1180/2020, en transposición de las Directivas 2019/1833 y 2020/739, de la Comisión, ha incluido en este Grupo 3 al SARS-Cov-2 dentro de los agentes biológicos

³¹ LEGUA RODRIGO, María Carmen, *La enfermedad profesional. Análisis doctrinal, jurisprudencial del RD 1299/2006 y su clasificación por actividades*, Bomarzo, Albacete, 2022, p. 40 y siguientes.

³² Quedan incluidos: Personal sanitario, Personal sanitario y auxiliar de instituciones cerradas, Personal de laboratorio, Personal no sanitario, trabajadores de centros asistenciales o de cuidados de enfermos, tanto en ambulatorios como en instituciones cerradas o a domicilio, Trabajadores de laboratorios de investigación o análisis clínicos, Trabajos de toma, manipulación o empleo de sangre humana o sus derivados, Odontólogos, Personal de auxilio, Trabajadores de centros penitenciarios y Personal de orden público.

“que puede causar una enfermedad grave en el hombre y presenta un serio peligro para los trabajadores, con riesgo de que se propague a la colectividad y existiendo generalmente una profilaxis o tratamiento eficaz” (artículo 3. c) 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)³³. De esta manera, se ha modificado la previa categorización que incluía en el Grupo 2 a las enfermedades incluidas en el *Coronaviridae*, por entenderse en su momento que no concurría sobre este agente un riesgo probable de propagación a la colectividad³⁴.

Como consecuencia de lo anterior, en la sección relativa a la clasificación de los agentes biológicos del Anexo II del RD 1299/2006, concretamente, dentro de los agentes incluidos en el *Coronaviridae*, el listado actual incluye: “Coronavirus del síndrome respiratorio agudo grave (SARS-CoV)”, “Coronavirus del síndrome respiratorio agudo grave 2 (SARS-CoV-2)”, “Coronavirus del síndrome respiratorio de Oriente Medio (MERS-CoV)”.

Ahora bien, se ha sostenido que “la finalidad del Real Decreto 664/1997 (RCL 1997, 1273) no es la de completar el cuadro de enfermedades profesionales haciendo la relación de dolencias infecciosas (y de otro origen) causadas por el trabajo que falta en éste. Esto es, de sus normas no se sigue para las actividades comprendidas en el Anexo I o más en concreto para los trabajos de asistencia sanitaria, que cualquiera de las enfermedades infecciosas de los grupos 2, 3 y 4 contraída por el personal sanitario sea causada por el trabajo y haya de considerarse enfermedad profesional. Supondría una ampliación desorbitada del concepto que no puede basarse en la mención hecha en el cuadro de enfermedades profesionales al Real Decreto 664/1997, pues no es una referencia inclusiva ya que se limita a excluir de los agentes causantes, los microorganismos comprendidos en el grupo 1 del Real Decreto 664/1997: “aquellos que resulta poco probable que causen una enfermedad en el ser humano” (STSJ de Asturias, 19 de septiembre de 2014 (JUR 2014, 260552) (rec. 837/2014))”.

³³ La STS de 1.7.2016 (rec. nº 2955/2014) consideró como enfermedad profesional la enfermedad de inmunodeficiencia humana (VIH y VHC) de un trabajador que contrajo la enfermedad en el ejercicio de su trabajo (auxiliar de clínica), por encontrarse este agente inserto en el Grupo 3 del RD 1299/2006, y Grupo 3 del RD 664/1197 (quedan excluidas las insertas en el grupo 1 del RD), lo que generará una “presunción iure et de iure, que exime al trabajador de toda prueba para acreditar la conexión entre el trabajo y la enfermedad, despliega plenamente sus efectos al quedar clara la constancia de que el agente biológico se encuentra en el centro de trabajo (casa de acogida para enfermos aquejados de virus de inmunodeficiencia humana (VIH))”. En comentario de esta sentencia, véase LEGUA RODRIGO: María Carmen, *La enfermedad profesional...*, op. cit., p. 78.

³⁴ MERINO SEGOVIA, Amparo y CONTRERAS HERNÁNDEZ, Óscar, “El tratamiento de las contingencias”, op. cit., p. 339.

En esa línea, para una situación en la que la enfermedad (gripe) presenta una niveles de propagación comunitaria, la doctrina judicial ha mantenido que *“en la medida en la que el grupo 3, Agente A del cuadro de enfermedad profesional no enumera enfermedades concretas, y se refiere a unas "enfermedades infecciosas causadas por el trabajo" parece evidente la necesidad de demostrar o, al menos, que se pueda presumir su relación con el trabajo, "pues, de otro modo, resultaría que todas las patologías (gripes, catarros, afecciones respiratorias, cardíacas, renales, hepáticas, etc.) causadas por un agente biológico sufrida por alguna de las personas encuadradas en el apartado A del grupo 1 (personal sanitario y auxiliar de instituciones cerradas; personal de laboratorio; personal no sanitario, trabajadores de centros asistenciales o de cuidados de enfermos, tanto en ambulatorios como en instituciones cerradas o a domicilio; trabajadores de laboratorios de investigación o análisis clínicos; trabajos de toma, manipulación o empleo de sangre humana o sus derivados; trabajos de toma, manipulación o empleo de sangre humana o sus derivados; odontólogos; personal de auxilio, trabajadores de centros penitenciarios, personal de orden público) se clasificaría como enfermedad profesional, lo cual no ha sido querido por el legislador ni tiene lógica. El legislador pide que se acredite el vínculo entre trabajo y lesión y, de ser así, es cuando establece la calificación profesional para esa patología”*.

De ello, alguna de las primeras sentencias en la materia han entendido que para que el contagio de COVID-19 del personal sanitario encaje directamente en el listado del Anexo I, *“parece evidente la necesidad de demostrar o, al menos, que se pueda presumir su relación con el trabajo”*, y en tanto el artículo 9.2 RD-ley 3/2021 encomienda esa labor en exclusiva a los Servicios de Prevención, ello obliga a tomar en consideración el informe emitido por estos para entender que la contingencia en concreto entre o no como enfermedad profesional³⁵. Afirma la sentencia, estaríamos aquí *“ante un verdadero requisito o condición constitutiva de la presunción a que expresamente hace referencia el artículo 9.3 del RD-Ley 3/2021 y que se hace corresponder, en exclusiva, a los Servicios de Prevención”*.

El exigir para estos casos el informe afirmativo del Servicio de Prevención, a nuestro juicio, no estaría sino eliminando la presunción *iuris et de iure* que otorga el listado y desnaturalizando el propio sistema de lista de enfermedad profesionales del artículo 157 TRLGSS. Ciertamente es que la excepcionalidad de la enfermedad y su propagación por la sociedad conlleva que haya de darse un mínimo de conexión entre la enfermedad y el trabajo, pero no por ello habrá de circunscribirse su reconocimiento en exclusiva a la obtención de un informe favorable del Servicio de Prevención³⁶, debiendo ser posible la

³⁵ STSJ de Asturias, de 15.2.2022 (rec. n° 2726/2021).

³⁶ Para un supuesto en el que se reconoce como contingencia profesional y se recibe el informe confirmatorio del servicio de prevención, véase STSJ de Cantabria, de 14.1.2022 (rec. n° 838/2021).

catalogación como enfermedad profesional “*sin necesidad de más prueba que las patologías y la relación de éstas con la tareas que venía realizando según el listado de dicho RD, en relación con los riesgos al que está expuesto el actor en el ejercicio de su profesión*”³⁷. El Informe del SP generará evidentemente una presunción del nexo de causalidad pero su ausencia en absoluto puede aparecer como elemento excluyente para la categorización como EP.

Desde una interpretación más tuitiva del trabajador, la SJS de Barcelona, de 27.9.2021 (nº proc. 340/2021), recurre a la presunción judicial del artículo 365 LEC respecto a la consideración de la exposición al SARS-CoV-2 como causa de la infección para entender que concurre una enfermedad profesional en el contagio de una trabajadora no sanitaria que trabaja en un centro asistencial de personas mayores (personal incluido en el epígrafe 3A0104 del RD 1299/2006).

En esta línea inclusiva, la STSJ de Madrid, de 14.2.2022 (rec. nº 6/2022), para un supuesto de trabajadora de enfermería, considera “*razonable*” que la trabajadora contrajese la enfermedad, sobre la base del contexto del hospital en ese momento, y reconoce como profesional la contingencia a pesar de que la trabajadora presentase dos pruebas PCR y dos pruebas serológicas negativas, por considerar estas como “*pruebas no concluyentes*”.

En otro orden, cabe plantearse la ampliación de la cobertura como contingencia profesional igualmente para el personal no sanitario que desempeñe su actividad con exposición al SARS-CoV-2, siempre que aparezca un nexo de causalidad evidente entre la enfermedad-actividad-exposición al agente, incluso cuando esa actividad no figure como principal en sus funciones, e incluso cuando esta no sea su actividad. El Alto Tribunal realiza una interpretación amplia sobre el concepto de “*principales actividades capaces de producir las enfermedades listadas*”, de modo que “*permite hablar también de EP cuando la patología se manifiesta en actividad que no sea de las “principales” sino de las menos frecuentes o prototípicas*”³⁸.

Este reconocimiento como enfermedad profesional permite esclarecer dudas respecto al ámbito de incidencia que podía tener la equiparación que a efecto de prestaciones de enfermedad profesional promulgaba el artículo 6 Real Decreto-ley 3/2021, de 2 de febrero, pero manteniendo para el personal sanitario y socio-sanitario igualmente la

³⁷ SJS de Talavera de la Reina (Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha), de 21.5.2021 (nº proc. 5/2021).

³⁸ Sobre la base de las SSTS de 5.11.2014 y de 18.5.2015; CAVAS MARTÍNEZ, Faustino, “Artículo 157. Concepto de enfermedad profesional”, en SEMPERE NAVARRO, Antonio Vicente Y BARRIOS BAUDOR, Guillermo Leandro (directores), *Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social. Volumen IV*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), p. 55.

calificación de accidente de trabajo de esta contingencia. La categorización como enfermedad profesional, más allá de su asimilación a efecto prestacional, aleja cualquier duda respecto a si rige el marco jurídico relativo a los períodos de observación para el estudio y pronóstico de la enfermedad (artículos 169.1 y 176.1 TRLGSS), las especificidades en materia de vigilancia de la salud (artículo 22 LPRL), en forma de reconocimientos médicos previos a la contratación o posteriores (artículo 243.3 TRLGSS), o incluso el derecho al traslado de puesto de trabajo a otro puesto exento de riesgo (artículo 176.2 TRLGSS), prerrogativa especialmente relevante consecuencia de las especiales sensibilidades presentadas por y ante la enfermedad, y que en determinadas ocasiones podrá dar lugar incluso al reconocimiento de una incapacidad permanente total.

Esta inclusión del reconocimiento de la contingencia por la vía del artículo 157 TRLGSS permite además superar la normativa de excepcionalidad, desligando el marco regulador del devenir de la crisis sanitaria³⁹. Se supera así, en parte, la inercia gradual del legislador por la que, sin que se pueda llegar a entender el por qué, no llegaba a reconocerse expresamente la enfermedad profesional del personal de primera línea de exposición ante el virus, dando tímidos avances graduales hacia ello. En parte, en tanto habrá que ver el nivel de implicación de las entidades gestoras de la Seguridad Social en el reconocimiento como enfermedad profesional de estos contagios, ya que parece quedar claro ahora el reconocimiento para el personal sanitario, si bien, no lo es tanto para el resto de personas trabajadoras que manteniendo exposiciones directas a focos de alto riesgo de contagio, pero por no encontrarse aludidas directamente en el listado del RD, tengan que verse avocadas a la vía judicial para obtener tal reconocimiento.

Para el resto de colectivos profesionales no incluidos en marco regulador del RD Real Decreto 1299/2006, les será de aplicación el reconocimiento como accidente de trabajo, del artículo 5 Real Decreto-ley 6/2020, de 10 de marzo. Para personal sanitario o socio sanitario al que no se le reconozca la vía del artículo 157 TRLGSS, como recoge el Criterio de gestión 5/2021 del INSS, les seguirá siendo de aplicación el artículo 6 del Real Decreto-ley 3/2021, por el que se estableció que dichas prestaciones (no la contingencia, que sigue siendo AT) serían las mismas que el sistema de Seguridad Social otorga a las personas que se ven afectadas por una enfermedad profesional (EP)⁴⁰. Para estos últimos casos, *“dado que la contingencia que deriva del contagio del virus SARS CoV-2 ha sido*

³⁹ Sobre la base del Real Decreto-ley 3/2021, de 2 de febrero, el reconocimiento como AT para este colectivo se circunscribe a los contagio localizados *“durante la prestación de servicios sanitarios o socio-sanitarios (...) dentro del periodo comprendido desde la declaración de la pandemia internacional por la Organización Mundial de la Salud hasta el levantamiento por las autoridades sanitarias de todas las medidas de prevención adoptadas para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el mencionado virus SARS-CoV-2”*.

⁴⁰ La versión última en línea del reconocimiento como AT se encontrará en la Disposición adicional cuarta de Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia.

considerada AT, el mismo tratamiento debe darse a todas aquellas enfermedades que padezca el referido personal y que se demuestre que traen causa del referido contagio”.

Sobre la base de la más reciente actualización de *Procedimiento de actuación para los servicios de prevención de riesgos laborales frente a la exposición al SARS-CoV-2*, de 20 de abril de 2022, no se extenderán partes de incapacidad temporal para las personas con contacto estrecho de un positivo o por sospecha de COVID19, salvo que la persona se encuentre en entre los trabajadores relacionados con ámbitos vulnerables, que en el caso de ser además personal sanitario o sociosanitario, sí que podría reconocerse en período de observación hasta el diagnóstico de la enfermedad. En este sentido, en relación a este colectivo vulnerable, así como en el caso de trabajadores que prestan apoyo y cuidados a personas vulnerables, si se presentan síntomas compatibles o son casos confirmados, no acudirán a su centro de trabajo. En el momento en el que se confirme el contagio de COVID19, la contingencia se clasificará como enfermedad profesional para el caso de personas trabajadoras *“que se ocupan de la prevención, asistencia médica y actividades en las que se ha probado un riesgo de infección”.*

6. Covid persistente o long covid e incapacidad

Según la información publicada por AEMET, las bajas por infección se resuelven en menos de tres semanas (67%), pero un 10% de las bajas persisten más allá de 3 meses, un 2% se prolongan hasta los 6 meses y un 0,80 % perduran al año de baja⁴¹. La prolongación de los síntomas más allá de 12 semanas (3 meses) se conoce como COVID persistente (“Long COVID”), también denominado COVID prolongado, o COVID crónico. Así lo ha considerado la Organización Mundial de la Salud, que ha definido el COVID persistente como enfermedad producida *“en individuos con antecedentes de infección probable o confirmada por el SARS-CoV-2, generalmente tres meses después de la aparición de la COVID-19, con síntomas que duran al menos 2 meses que no pueden explicarse con otro diagnóstico”*, habiéndole asignado un código en la Clasificación Internacional de Enfermedades con la denominación de “Síndrome Post COVID”.

El COVID Persistente es un síndrome que afecta indistintamente a pacientes de edad madura y a jóvenes, a quienes presentan enfermedades previas y a quienes no, y a hospitalizados y a pacientes de atención domiciliaria (graves y leves). Por los datos indicados anteriormente, podría afectar a un 10 % de las personas infectadas por COVID.

⁴¹ Vid. VICENTE PARDO, José Manuel, LÓPEZ GUILLÉN GARCÍA, Araceli, FORTÚN HERNÁNDEZ, Núria, LÓPEZ HIGUERAS, Blanca., QUEVEDO VILLEGAS, María Carolina, “Síndrome Post COVID y retorno al trabajo”, AEMET, agosto 2021 (disponible en: <http://www.aeemt.com/web/2021/09/27/documento-sindrome-covid-persistente-y-retorno-al-trabajo/>).

Los síntomas incluyen, según la OMS, “*fatiga, dificultad para respirar, disfunción cognitiva, pero también otros que generalmente repercuten en el funcionamiento cotidiano*”. Estos signos pueden ser de nueva aparición o persistir desde el inicio de la enfermedad. Asimismo, también pueden fluctuar o existir recaídas con el tiempo.

Según el Documento elaborado por el grupo de trabajo COVID Persistente AEEMT (Asociación Española de Especialistas en Medicina del Trabajo) sobre el “*Síndrome Post COVID y retorno al trabajo*”, los signos y síntomas referidos por las personas que padecen el COVID persistente se elevan a más de 50, y no se conocen muy bien los efectos a largo plazo, ni la evolución clínica ni la probabilidad de una recuperación completa⁴².

El Ministerio de Sanidad ha incluido el COVID Persistente en la actualización realizada en febrero de 2022 de su *Procedimiento de Actuación para los Servicios de Prevención frente al COVID*⁴³, de manera que, los servicios de prevención deberán tener en cuenta la situación de las personas que sufran esta patología para reconocerles esta condición y realizar un seguimiento de su salud para adaptar si es necesario sus puestos de trabajo a las limitaciones que padecen.

Esto significa, según el Procedimiento establecido, que los trabajadores con síntomas más allá de doce semanas (Síntoma Post COVID) deberán ser reevaluados una vez se reincorporen a sus puestos de trabajo por el personal sanitario del servicio de prevención para determinar si requieren o no adaptaciones en su puesto de trabajo en función de sus limitaciones.

No obstante, no se cuenta con un protocolo específico de valoración de la capacidad laboral, lo que en parte es comprensible dado el escaso tiempo en la investigación de la COVID y, sobre todo, por la dificultad objetiva de relacionar la intensidad disfuncional específica de los síntomas del Síndrome Post COVID con la intensidad funcional laboral correspondiente, y la compleja tarea de calibrar el nivel de intensidad de los síntomas persistentes superada la fase aguda con los requerimientos laborales comprometidos⁴⁴.

⁴² VICENTE PARDO, José Manuel, LÓPEZ GUILLÉN GARCÍA, Araceli, FORTÚN HERNÁNDEZ, Núria, LÓPEZ HIGUERAS, Blanca, QUEVEDO VILLEGAS, María Carolina, “*Síndrome Post...*”, *op. cit.* p. 10.

⁴³ Disponible en: https://www.sanidad.gob.es/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCov/documentos/Proteccion_Trabajadores_SARS-CoV-2.pdf.

⁴⁴ Vid. VICENTE PARDO, José Manuel, LÓPEZ GUILLÉN GARCÍA, Araceli, FORTÚN HERNÁNDEZ, Núria, LÓPEZ HIGUERAS, Blanca, QUEVEDO VILLEGAS, María Carolina, “*Síndrome...*”, *op. cit.*, p. 13.

La única pauta que establece el Procedimiento del Ministerio de Sanidad es que la valoración deberá ser como un reconocimiento después de una ausencia prolongada por motivos de salud, y ello a los solos efectos de determinar, a partir de la evaluación de riesgos del puesto de trabajo y de la nueva situación de salud de la persona, las necesidades preventivas que eviten que cualquier riesgo presente en el lugar de trabajo pueda dañar o agravar el estado de salud de esa persona.

Catalogado como trabajador con síndrome Post COVID, el servicio de prevención de riesgos laborales deberá proponer la adaptación del puesto o las condiciones de trabajo a través de medidas de protección y prevención para evitar el daño y facilitar la recuperación, siguiendo lo establecido en el apartado 1.6. Valoración de la aptitud, de la Guía Básica y General de Vigilancia de la Salud para la prevención de riesgos laborales, del Ministerio de Sanidad.

El Procedimiento suscita cierta perplejidad al afirmar a continuación que *“no se trata de emitir una aptitud médico-laboral para el puesto de trabajo, sino de proporcionar las recomendaciones preventivas oportunas más convenientes para el trabajador y su actual estado de salud”*. Tal vez lo que pretende señalar es que el padecimiento de los síntomas más habituales de Post COVID-19 (cansancio, dificultad para respirar, dolor de pecho, problemas de memoria atención y función ejecutiva, problemas psicológicos, etc.), por más que comprometan la capacidad laboral correspondiente de la persona trabajadora, no permiten tramitar una Incapacidad Temporal que traiga causa del Síndrome Post COVID-19.

En efecto, cualquier duda al respecto quedó disipada por el Criterio de Gestión 25/2021, de fecha 18 de octubre de 2021, aprobado por la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica del INSS, al rechazar categóricamente que el padecimiento del síndrome por COVID-19 pueda suponer el reconocimiento de una prestación económica de por IT asimilada a accidente de trabajo en favor de las personas trabajadoras previsto en el artículo 5 del Real Decreto-ley 6/2020, por cuanto no cabe su aplicación a otras patologías que no sea la propagación de la enfermedad del virus COVID-19. Ahora bien, en aquellas situaciones de COVID19 que sí hayan sido calificadas en su inicio como enfermedad profesional por la vía del artículo 157 TRLGSS, las posteriores apariciones o diagnóstico de Long Covid-19, en tanto serán consecuencia de la afección previa de una enfermedad profesional, sí que mantendrán esa misma etiología laboral y, por ende, debieran recibir igualmente la catalogación de enfermedad profesional.

No parece que de todo ello pueda deducirse que los trabajadores con síndrome Post COVID, tras su catalogación, deban recibir el alta médica o la aptitud para el trabajo e incorporarse al trabajo. La persistencia de síntomas, la intensidad y repercusión para el

trabajo pueden motivar, si no la acción protectora excepcional del artículo 5 RD-Ley 6/2020, de la IT, puesto que ya no se trata de evitar exclusivamente la propagación de la enfermedad COVID-19, al menos el reconocimiento o mantenimiento de la IT que la norma general (el artículo 169 TRTRLGSS) contempla, una vez objetivados los síntomas y valorada su capacidad laboral. Dejando aparte el caso del personal sanitario o sociosanitario que haya contraído el virus SARS-CoV-2 en el ejercicio de la profesión, porque el tratamiento que debe darse a la contingencia derivada del mismo es el de una enfermedad profesional (artículo 157 TRLGSS).

Cuestión distinta es si el síndrome Post COVID pueda dar origen a la invalidez permanente. Se entiende por invalidez permanente, según lo dispuesto en el artículo 193 del TRTRLGSS, la situación del trabajador que, después de haber estado sometido al tratamiento prescrito, presenta reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas, que disminuyan o anulen su capacidad laboral.

Para lo establecido es preciso valorar las limitaciones funcionales y la aptitud laboral tras la incapacidad temporal en el síndrome Post COVID que presentan los trabajadores afectados, lo cual no se ha investigado lo suficiente en los afectados por el COVID persistente, siendo, por tanto, difícil determinar la existencia de una incapacidad permanente. La situación actual es que los trabajadores en los supuestos de extinción del alta médica por agotamiento de la duración máxima de IT se ven en la obligación de volver al trabajo y muchas veces sin haberse propuesto recomendaciones preventivas más convenientes para el trabajador y su actual estado de salud, ya sea de adaptación del puesto de trabajo, de cambio, o de recuperación, siendo, en el peor de los casos despedidos por causas objetivas (ineptitud, principalmente).

De todas formas, si los síntomas Post COVID son previsiblemente definitivos, e implican una reducción de la capacidad de trabajo de la persona de carácter presumiblemente indefinido, nada impediría reconocer esta patología como una incapacidad laboral permanente.

De momento no se tiene constancia de que la entidad gestora de la Seguridad Social haya hecho ningún reconocimiento de invalidez permanente tras un proceso de IT que tenga su causa en el síndrome Post COVID -19. Tampoco se dispone de sentencia alguna que haya declarado una incapacidad permanente como consecuencia de estar sufriendo los síntomas y signos más comunes referidos por las personas que padecen este síndrome. Pero todo se andará, es cuestión de tiempo.

7. Bibliografía

Associació Catalana de Salut Laboral, “Criterios para la gestión de personas especialmente vulnerables y trabajadores especialmente sensibles frente al SARS-COV-2 en las empresas de Cataluña en el contexto de pandemia”, *Archivos de Prevención de Riesgos Laborales*, vol. 23, nº 2, 2020.

ARAGÓN GÓMEZ, Cristina, “El Covid-19 como riesgo causante de prestaciones de Seguridad Social”, en RODRÍGUEZ PIÑERO y BRAVO FERRER, Miguel y CASAS BAAMONDE, María Emilia, *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ante la pandemia*, Francis Lefebvre, Madrid, 2020, p. 289-319.

BARRIOS BAUDOR, Guillermo Leandro, “COVID-19: consideración como accidente de trabajo respecto del personal que presta servicios en centros sanitarios y socio-sanitarios”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 9, 2020, p. 1-22.

BARRIOS BAUDOR, Guillermo Leandro, “Asimilación a accidente de trabajo COVID-19 y mejoras voluntarias de la prestación económica por incapacidad temporal: breve apunte”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 3, 2021, p. 1-8.

CAVAS MARTÍNEZ, Faustino, “Las enfermedades profesionales ante el Sistema Español de Seguridad Social. Una visión panorámica”, en CAVAS MARTÍNEZ, Faustino (director), *Las Enfermedades Profesionales desde la perspectiva de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2009.

CAVAS MARTÍNEZ, Faustino, “Artículo 157. Concepto de enfermedad profesional”, en SEMPERE NAVARRO, antonio vicente Y BARRIOS BAUDOR, guillermo leandro (dir.): *Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social. Volumen IV*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), p. 49-64.

GINES I FABRELLAS, anna, *Prestaciones de la Seguridad Social por contingencias profesionales*, Bomarzo, Albacete, 2012.

GOÑI SEIN, José Luis, “La obligación empresarial de realizar medidas de adaptación como contenido integrante del derecho a la igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad”, *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, Nº. Extra 6, 2017.

LEGUA RODRIGO, maría carmen, *La enfermedad profesional. Análisis doctrinal, jurisprudencial del RD 1299/2006 y su clasificación por actividades*, Bomarzo, Albacete, 2022.

MARTÍNEZ BARROSO, maría de los reyes, *Las Enfermedades asimiladas al accidente de trabajo en la doctrina de los Tribunales*, Consejo General de Graduados Sociales de España, Madrid, 2004.

MERINO SEGOVIA, Amparo Y CONTRERAS HERNÁNDEZ, Óscar, “El tratamiento de las contingencias profesionales derivadas de la Covid-19”, en FERRANDO GARCÍA, Francisca María (directora), *El escudo social frente a la pandemia. Análisis jurídico y propuestas para una legislación social más justa*, Bomarzo, Albacete, 2021.

Ministerio de Sanidad, “Información y pautas generales para embarazadas en situación de confinamiento” (disponible en: https://www.sanidad.gob.es/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCov/documentos/COVID19_Pautas_mujeres_embarazadas.pdf).

OMS, “Coronavirus disease (COVID-19) outbreak: rights, roles and responsibilities of health workers, including key considerations for occupational safety and health”, 19.3.2020.

OMS, “COVID-19: Occupational health and safety for health workers”, 2.2.2021.

RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, Beatriz, “Discriminación por motivos relacionados con la COVID-19 en las relaciones laborales”, *Jurisdicción Social*, septiembre 2021.

ROJO TORRECILLA, Eduardo, “Emergencia sanitaria y legislación laboral. ¿Qué respuestas a la crisis? Análisis de la normativa dictada en España”, en RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, Miguel y CASAS BAAMONDE, María Emilia, *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ante la pandemia*, Francis Lefebvre, Madrid, 2020, p. 129-173.

VICENTE PARDO, José Manuel, LÓPEZ-GUILLÉN GARCÍA, Araceli, FORTÚN HERNÁNDEZ, Núria, LÓPEZ HIGUERAS, Blanca, QUEVEDO VILLEGAS, María Carolina, “Síndrome Post COVID y retorno al trabajo”, AEMET, agosto 2021 (disponible en: <http://www.aemet.com/web/2021/09/27/documento-sindrome-covid-persistente-y-retorno-al-trabajo>).

VILA TIERNO, Francisco, “Crisis del empleo en la situación generada por el Covid-19. Antecedente”, en VILA TIERNO, Francisco Y FERNÁNDEZ RAMÍREZ, Marina

(Coordinadores), *La respuesta normativa a la crisis laboral por el Covid-19*, Laborum, Murcia, 2020, p. 15-45.