



Calificación jurídica de las contingencias derivadas del Covid-19 en el sistema español de Seguridad Social (navegando entre normas “ordinarias” y derecho “excepcional”)

por José Antonio Fernández Avilés

La mayoría de los sistemas de Seguridad Social se asientan sobre una tutela diferenciada en función del origen de las contingencias que protegen, privilegiando el tratamiento de las denominadas contingencias profesionales (accidente de trabajo y enfermedad profesional) frente a las comunes o extralaborales (accidente y enfermedad común). Numerosas patologías ponen a prueba este tratamiento diferenciado por la dificultad para determinar la etiología precisa de una enfermedad contraída por un trabajador protegido por el sistema. Ello sucede en casos pandemia por agentes biológicos o incluso de muchos tipos de cáncer, donde se hace difícil precisar con seguridad si la patología se contrajo como consecuencia o con ocasión del trabajo o en una circunstancia o actividad extralaboral. Estas situaciones ponen contra las cuerdas la tutela diferenciada de las contingencias y abogarían por una tutela “indiferenciada” de las mismas (que se traduciría lo que entre nosotros conocemos como principio de consideración conjunta de las contingencias).

En el presente artículo nos centraremos en las principales cuestiones jurídicas que la situación de pandemia por Covid-19 ha planteado en el sistemas de Seguridad Social Español y las soluciones técnico-jurídicas que se han articulado para resolverlas, teniendo en cuenta el pleno juego del régimen ordinario en todo lo que no ha sido “excepcionado”.

La primera decisión relevante -no exenta de complejidad- en materia de Seguridad Social frente a una situación de pandemia como la que vivimos es resolver la calificación jurídica situación de los trabajadores imposibilitados para trabajar por tener que permanecer en situación de aislamiento preventivo. Estos períodos de aislamiento se imponen para evitar riesgo de contagio hasta que se culmina el diagnóstico de personas que, tras su contacto con un caso de virus SARS-CoV-2, pudieran estar afectados por dicha enfermedad. Inicialmente, aunque no era para nada claro, podía compararse la asimilación -por analogía- a la situación de incapacidad temporal (IT) para el trabajo tanto de los períodos de aislamiento preventivo, aunque dicha situación no guarda perfecto encaje en ninguna de las dos posibilidades que la noción para esta “situación protegida” contempla el artículo 169.1 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (en adelante, trLGSS). Pero no hay que olvidar que la analogía jurídica se trata siempre de un proceso de “pensamiento valorativo” y no únicamente de una operación mental lógico-formal (K. Larenz). En efecto, nuestro ordenamiento jurídico no contempla expresamente este tipo de situaciones dentro de la noción de Incapacidad Temporal (IT), al menos tal como dicha protección se configura legislativamente. En este sentido, el artículo 169.1 trLGSS, tan solo considera situaciones determinantes de IT, 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... [apartado a)]; también se contemplan como tales: los “... *períodos de observación por enfermedad profesional en los que se prescriba la baja en el trabajo durante los mismos... para el estudio y diagnóstico de la enfermedad*” [apartado b)].

Aunque la situación más similar sería esta última (pues el aislamiento preventivo guarda estrecha conexión con un período de observación para determinar un diagnóstico definitivo sobre una enfermedad), conviene matizar que la misma no es de aplicación al supuesto considerado, dado que nuestro sistema de lista cerrada de enfermedades profesionales impide, de momento, la calificación de la infección por coronavirus como enfermedad profesional (en la mayoría de los casos, salvo que se trate de profesionales sanitarios o actividades asimiladas), siendo inaplicable la hipótesis del apartado b) del art. 169.1 trLGSS, así como tampoco las previsiones del art. 176 trLGSS sobre períodos de observación y obligaciones especiales en caso de enfermedad profesional.

No obstante, la situación planteada por el aislamiento preventivo sí que podría considerarse como una situación que imposibilita el trabajo y se encuentra vinculada tanto a motivos de salud pública como de salud laboral. En realidad, es una situación que jurídicamente debe considerarse como fuerza mayor “impropia” -conocida como *factum principis*-, en la medida en que el aislamiento preventivo viene impuesto mediante una decisión del poder público, en este caso de las autoridades sanitarias, que ponen en marcha los protocolos de actuación frente a la enfermedad. Además, podría considerarse que concurre también el segundo elemento del supuesto normativo, pues la situación conlleva que el trabajador está recibiendo asistencia sanitaria (al menos en lo relativo al control médico tanto preventivo como de cara al diagnóstico de la enfermedad). Así pues, una interpretación muy plausible -en clave analógica- era su asimilación a la situación protegida por IT contemplada en el apartado a) del artículo 169.1 trLGSS, antes referida. Interpretación adecuada para no abandonar a estos trabajadores a la desprotección, puesto que se ven impedidos para realizar su prestación de servicios durante este período. Otra opción sería la suspensión del contrato de trabajo por fuerza mayor y que se atendiese la situación mediante la protección por desempleo, pero entendemos que ese marco normativo resulta más complejo e inadecuado para atender esta situación de imposibilidad transitoria del trabajador para cumplir con su prestación de servicios.

Pero la cuestión jurídica más delicada era la calificación de la contingencia (decidir sobre su carácter profesional o común). Inicialmente, los criterios técnicos de la Seguridad Social -a mi juicio inoportunos y ahora ya devenidos *contra legem*- fueron los de considerar las situaciones de aislamiento preventivo -*tout court* y de manera omnicomprendiva- como contingencia común (enfermedad común), así como también los casos de contagio de la enfermedad [salvo la prueba -en muchos casos extremadamente difícil en el contexto de una pandemia- de acreditar su “exclusiva” etiología laboral *ex* artículo 156.2 apartado e) trLGSS]. Esta dificultad para la calificación de la contingencia pone también de manifiesto los límites nuestro modelo diferenciado de tutela de Seguridad Social, en función del origen de la contingencia, cuando se trata de riesgos generalizados -caso de una pandemia- cuya etiología precisa, es decir, el carácter “laboral” o “extralaboral” del contagio, es de muy compleja determinación.

La cuestión no era baladí, pues conlleva no solo diferencias en la intensidad protectora de los trabajadores, sino también un trasfondo de reparto de costes económicos de la situación, en vez de asumirlo íntegramente el sistema -caso en que se trate de contingencia profesional- o distribuirlo inicialmente entre el trabajador (que no cobraría nada los tres primeros días de baja) y la empresa (que asumiría la prestación de forma directa los quince siguientes); situación poco deseable en un momento tan delicado y necesitado de “apoyo a la renta” de los trabajadores así como de apoyo financiero a las empresas afectadas. Así pues, en términos de reparto de las costes económicos

derivados del riesgo que se debe afrontar por muchas empresas, la calificación de tales contingencias como comunes -como sostuvo en un primer momento la Seguridad Social- le suponía un coste prestacional directo a las empresas donde se hubieran producido exposiciones (en términos de los días de IT por contingencia común cuyo pago les corresponde), lo que conlleva un agravamiento de la situación económica de la empresa -que en muchos casos podría verse obligada a suspender su actividad productiva- lo que supone una medida que va en dirección contraria al apoyo público para la crisis que puede derivar de tales situaciones. Por otra parte, tal solución conllevaba también un desplazamiento del riesgo -poco aceptable- para los trabajadores afectados, pues supondría la pérdida de renta -salarial o sustitutiva- los primeros días de adopción del aislamiento preventivo o del contagio (salvo que probase que el trabajo había sido la causa exclusiva de su contagio).

Afortunadamente, esta incertidumbre jurídica sobre la calificación jurídica de las situaciones de IT se atiende mediante lo previsto 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, cuyo artículo quinto (modificado mediante la disposición final primera del Real Decreto-ley 13/2020, de 7 de abril, por el que se adoptan determinadas medidas urgentes en materia de empleo agrario) considera “*excepcionalmente*” como *situación asimilada al accidente de trabajo*, y “*exclusivamente para la prestación económica de incapacidad temporal del sistema de Seguridad Social*”, aquellos periodos de aislamiento o contagio de las personas trabajadoras provocado por el virus COVID-19 (queda “en el aire” la posible percepción de los complementos de prestaciones por IT derivada de contingencia profesional previstos en los convenios colectivos). En ambos casos, la duración de esta prestación excepcional vendrá determinada por el parte de baja por aislamiento y la correspondiente alta, siendo la fecha del hecho causante la fecha en la que se acuerde el aislamiento o enfermedad del trabajador, “*sin perjuicio de que el parte de baja se expida con posterioridad a esa fecha*”. Y ello con independencia del régimen de Seguridad Social aplicable al trabajador, siendo indiferente que se trate de trabajadores por cuenta propia o ajena, o del personal encuadrado en los regímenes especiales de los funcionarios públicos (*ex* 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), siempre que se encuentren “*en la fecha del hecho causante en situación de alta en cualquiera de los regímenes de Seguridad Social*”.

Otra cuestión sería la conveniencia, en las actividades donde sea posible, de habilitar la posibilidad de emplear el teletrabajo (“trabajo a distancia”), de manera que la situación cause los mínimos trastornos posibles al funcionamiento de la empresa y tampoco se hagan recaer costes sobre el sistema público de Seguridad Social. Evidentemente, esta puede ser una solución tan solo parcial del problema, dado que este tipo de modalidad contractual no puede aplicarse para muchísimas actividades que requieren ineludiblemente la presencia física del trabajador.

La solución normativa excepcional es valorable muy positivamente, pues evita que tengan que ser luego los beneficiarios del sistema los que, en su caso, tengan que asumir la carga de acudir a la vía administrativa, e incluso judicial, para ejercer las acciones que le permitan beneficiarse de la correcta calificación jurídica de su contingencia (como “profesional”). De otra parte, tratándose de posibles contagios en un “medio laboral”, la mera situación de aislamiento preventivo y subsiguiente imposibilidad para la prestación de servicios derivaba claramente de un “riesgo profesional”, de manera que, por su etiología laboral, en ningún caso, dicha situación debiera merecer la calificación jurídica de contingencia común en nuestro sistema de Seguridad Social (y ello al margen de si efectivamente el trabajador situado en aislamiento preventivo se encuentre o no afectado por la enfermedad).

Estos problemas se evitan por la norma contenida en el Real Decreto-ley 6/2020, pues, cuando se trata de posibles contagios en el contexto de trabajos de atención al público o prestaciones personales de servicios presenciales en contacto con otras personas (y la gran mayoría de trabajos conlleva este riesgo, pensemos p. ej., en trabajos sanitarios, de cuidado, educativos, actividades deportivas, espectáculos públicos, etc.), es precisamente esa situación o contexto laboral los que han conllevado *per se*, el riesgo de contagio, de manera que la situación de “aislamiento preventivo” es una consecuencia -mediata o inmediata- del trabajo que se realiza. Una situación que entra en la esfera del “poder directivo” y de control empresarial y, por consiguiente, sus consecuencias lesivas para la salud -o imposibilitantes del trabajo- habrían de reputarse como contingencia profesional. Además, es indudable que, por aplicación de marco normativo preventivo, la empresa está también obligada a prevenir este tipo de riesgo de naturaleza biológica, pues encajaría en la noción de riesgo laboral (art. 4.2º Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales -en adelante, LPRL-) y en la obligación empresarial preventiva tal como se define en el art. 14.2 LPRL: “*En cumplimiento del deber de protección, el empresario deberá garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo...*”; además de la necesidad de revisar la planificación preventiva de acuerdo con lo previsto en el art. 16.2 LPRL, cuando se haya detectado la presencia de este riesgo.

Esta relación de causalidad encajaría en la amplia noción de accidente de trabajo del art. 156.1 trLGSS, donde se admiten las relaciones de “ocasionalidad” (mediata) o como “consecuencia” (directa) del trabajo para la calificación de un daño a la salud como contingencia profesional (en este caso, lo que conocemos como “enfermedad del trabajo”). Solo una situación de pandemia extrema podría dar lugar a otro tipo de consideraciones y entender que fuese posible asumir que todo contagio -o riesgo del mismo- deba reputarse como una enfermedad o contingencia común. Precisamente, y esto es clave, el aislamiento preventivo deriva de situaciones donde se sospecha o conoce la “localización” del virus y, por lo tanto, es bastante posible determinar la etiología laboral -o extralaboral- del posible contagio para los trabajadores afectados por la medida. Por ello, la consideración omnicomprendensiva del contagio como situación asimilada al accidente de trabajo resulta muy adecuada. Además del posible juego de la presunción de laboralidad, cuando se mostrasen síntomas de la enfermedad en “tiempo y lugar de trabajo” en virtud del pleno juego -en estas hipótesis- del art. 156.3 trLGSS.

Así pues, los casos de contagio de la enfermedad para todos los trabajadores afiliados de alta en el sistema -independientemente de su régimen- tienen la consideración de “contingencia profesional” -por su asimilación al accidente de trabajo- y ello sin necesidad de acreditar el nexo causal del daño en la salud del trabajador con el trabajo -artículo 156.1 trLGSS, que contempla las relaciones de ocasionalidad o consecuencia con la actividad laboral- o su “exclusiva” etiología laboral [156.2 apartado e) trLGSS], pues las reglas de calificación ordinaria cederían ante estas nuevas previsiones normativas con rango de Ley.

De todos modos, la reforma posterior del artículo quinto del Real Decreto-ley 6/2016 (por Real Decreto-ley 13/2020), aclara que tales situaciones se considerarán “asimiladas” al accidente de trabajo, “*salvo que se pruebe que el contagio de la enfermedad se ha contraído con causa exclusiva en la realización del trabajo*”, en cuyo caso será calificada “propiamente” como accidente de trabajo.

Con el mismo carácter excepcional (mediante la citada reforma), con efectos desde el inicio de la situación de restricción de la salida del municipio donde tengan el domicilio, y mediante el correspondiente parte de baja, se extenderá esta protección asimilada al accidente de trabajo a aquellos trabajadores que se vean obligados a desplazarse de localidad para prestar servicios en las actividades no afectadas 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, siempre que por la autoridad competente se haya acordado restringir la salida de personas del municipio donde dichos trabajadores tengan su domicilio y les haya sido denegada de forma expresa la posibilidad de desplazarse por la autoridad competente, no puedan realizar su trabajo de forma telemática por causas no imputables a la empresa para la que prestan sus servicios o al propio trabajador y no tengan derecho a percibir ninguna otra prestación pública.

Ya son conocidos los múltiples casos contraídos en medios hospitalarios, en este sentido, la calificación que merecen los contagios a profesionales sanitarios (altamente afectados en nuestro país por la epidemia), en nuestro ordenamiento jurídico, no deber ser otra que la de “enfermedad profesional” (variante de contingencia profesional). Por otra parte, debemos también dejar claro que los contagios que se produjeran en pacientes que están en un medio hospitalario (o de rehabilitación, etc.) como consecuencia del tratamiento derivado una contingencia profesional, deben considerarse también accidente de trabajo [por la asimilación que se produce en virtud de la previsión del art. 156.2 apartado g) del trLGSS].

La calificación de la contingencia por contagio del Covid-19 en el desarrollo de actividades profesionales sanitarias y asimilables plantea una problemática bien diferente. Para determinados profesionales que desempeñan determinadas actividades, el contagio -y esto no lo ha excepcionado ninguna norma con rango legal- debe de considerarse como contingencia profesional, pero específicamente como “*enfermedad profesional*” y no como accidente de trabajo (conforme a lo establecido en el artículo 157 trLGSS). Al respecto, es de advertir que existen determinadas actividades, contempladas en el Anexo 1 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, para las que el contagio del Covid-19 debe de considerarse jurídicamente como “enfermedad profesional”. En concreto, se contemplan como enfermedades profesionales las infecciosas causadas por agentes biológicos (Grupo 3) 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 RD 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, entre los que no se incluye al Coronaviridae, que se encuadra en el Grupo 2 de esta clasificación]. Iguales consideraciones valen para los trabajadores autónomos que lleven a cabo tales actividades (en virtud de la previsión del artículo 316.2 trLGSS).

Las actividades contempladas por la norma citada son las siguientes:

- 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. Personal de orden público (entre los que cabría incluir indubitadamente a los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad que en estos momentos dan apoyo a las instalaciones sanitarias para este tipo de actividad).

Esta interpretación viene avalada por el propio texto legal (artículo quinto Real Decreto-ley 6/2020) cuando se refiere a que la asimilación al accidente de trabajo se refiere “exclusivamente” para la prestación económica de incapacidad temporal del sistema de Seguridad Social, de manera que, para el resto los efectos jurídicos, habrá que estar a la regulación específica de la contingencia

protegida. En estos casos, habrá de estarse a la normativa específica -tanto sanitaria, preventiva y de Seguridad Social- relativa a las “enfermedades profesionales”, debiendo recordar aquí algunas cuestiones de relevancia:

- Las enfermedades profesionales deben tener un especial seguimiento, con reconocimientos médicos previos y periódicos obligatorios, con sus correlativas responsabilidades por falta de cumplimiento (cfr. artículos 243 y 244 trLGSS).
- Ahora más que nunca debemos incidir sobre la necesidad de revisar la planificación preventiva cuando los riesgos se modifican en sus consecuencias o se amplían, como es la situación que afrontan los centros sanitarios y el resto de las actividades productivas no paralizadas (hay que poner en valor las previsiones del art. 16 -apartados 2 y 3- LPRL).
- Las enfermedades profesionales tienen previstos períodos de observación y obligaciones especiales (artículos 169.2 y 176 trLGSS; artículos 15-16 Orden de 13 de octubre de 1967 por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de la prestación por incapacidad laboral transitoria en el Régimen General de la Seguridad Social).

Del mismo modo, una inadecuada declaración como “enfermedad común” en periodo de aislamiento preventivo para los profesionales que desempeñan estas actividades [contraviniendo las propias previsiones del artículo 169.1 b) trLGSS, así como de lo previsto en los Reales decretos-ley ya señalados] hace recaer en el médico de atención primaria el seguimiento de la enfermedad y no en los servicios de prevención, que serían los encargados del seguimiento por si el trabajador desarrolla la enfermedad profesional [obligaciones de vigilancia de la salud contempladas en el artículo 22 LPRL]. Por tanto, exonera así indebidamente a los responsables del seguimiento médico obligatorio ante el posible desarrollo de enfermedad profesional los dichos servicios de prevención y también de la obligación (y responsabilidad correlativa) del empleador en la vigilancia de la salud ante exposición a riesgo biológico (lo que resulta totalmente contrario a las previsiones de la LPRL). El carácter profesional de tales contingencias se impone *ex lege*, con todas sus consecuencias también en el plano preventivo.

La inadecuada calificación de la contingencia para estos profesionales, especialmente afectados por la situación de pandemia, agrava el estrés al que se encuentran sometidos, luego es una prioridad combatir -por los medios jurídicos disponibles- cualquier práctica desviada de la norma, aliviando así la carga psicosocial extrema a la que ven sometidos. A esta carga no puede añadirse el estrés adicional para garantizarse una adecuada calificación jurídica de la patología que sufren a consecuencia de su prestación de servicios, nos atreveríamos a decir que “heroica” en muchos casos, por la precariedad de medios preventivos puestos a disposición por su empleador.

José Antonio Fernández Avilés
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada (España)