

redacción médica

Opinión

Respuestas excepcionales a una situación también excepcional



RICARDO DE LORENZO, PRESIDENTE DEL BUFETE DE LORENZO ABOGADOS
JUE 04 FEBRERO DE 2021. 21.00H
POR LEY

La Ley General de la Seguridad Social define la enfermedad profesional en los siguientes términos: **“Se entenderá por enfermedad profesional la contraída a consecuencia del trabajo ejecutado por cuenta ajena en las actividades que se especifiquen en el cuadro que se apruebe por las disposiciones de aplicación y desarrollo de esta Ley, y que esté provocada por la acción de los elementos y sustancias que en dicho cuadro se indiquen para cada enfermedad profesional”**. Es decir, en nuestro ordenamiento jurídico se parte de un sistema de lista cerrada de enfermedades profesionales (<https://www.boe.es/buscar/pdf/2006/BOE-A-2006-22169-consolidado.pdf>), pudiendo ser calificadas como tales (volviendo del revés la antes mencionada definición legal) las adquiridas como consecuencia del trabajo, pero siempre que se encuentran incluidas en los cuadros expresivos de las mismas en función de diversos criterios. Este sistema es contrario al propuesto por la Organización Internacional del Trabajo que propugna un sistema mixto. El sistema español a costa de garantizar una indudable seguridad jurídica deja fuera numerosos casos que han de probarse fuera del marco normativo.

La calificación de las enfermedades como profesionales corresponde a la entidad gestora respectiva, sin perjuicio de su tramitación como tales por parte de las entidades colaboradoras que asuman la protección de las contingencias profesionales.

Sentado lo anterior vamos a repasar los pasos que se han ido dando en las solicitudes que deberíamos calificar como de excepcionales ante la situación excepcional de la pandemia de la COVID19, para una mayor comprensión.

El **12 de marzo de 2020** el Gobierno publicó el Real Decreto-ley 7/2020, de 12 de marzo, por el que se adoptaban medidas urgentes para responder al impacto económico del COVID-19, **siendo una de esas medidas la consideración excepcional como situación asimilada a accidente de trabajo de los períodos de aislamiento o contagio del personal encuadrado en los Regímenes Especiales de los Funcionarios Públicos como consecuencia del virus COVID-19.** Esta asimilación lo era exclusivamente para el subsidio de incapacidad temporal que reconoce el mutualismo administrativo.

¿Qué quiere decir esto? Pues que este Real Decreto lo que hizo fue asimilar el contagio o el aislamiento por coronavirus a accidente de trabajo a los exclusivos efectos de la prestación económica de IT. No decía que fuera un accidente de trabajo, sino que lo ‘asimilaba a accidente de trabajo’.

El Real Decreto al crear esta figura, de ‘asimilación a accidente de trabajo’, significaba que no siendo accidente de trabajo propiamente dicho, permitía que el trabajador pasara a cobrar desde el primer día de la baja el 75% de la base reguladora y pagarlo la Seguridad Social, incluso sin tener muchos días cotizados, cobrando la prestación desde el primer día.

Este primer avance permitió diferenciar la calificación de la enfermedad común inicial de la profesional. Si es común, en los tres primeros días el trabajador no cobra prestación. Del cuarto al 15 paga la empresa el 60% de la base reguladora. Del día 16 al 20 paga la entidad gestora el 60%. Y del día 21 en adelante el trabajador pasa a cobrar el 75% y lo paga la entidad gestora. Así que si se trata de enfermedad común el trabajador está penalizado de dos formas, con menos días de prestación y menos cuantía. Si la Incapacidad Temporal (IT) se debe a una enfermedad común, los esfuerzos económicos los hace al principio el trabajador, que no cobra durante tres días, y después, la empresa (a partir del cuarto día), que es la que tiene que pagar.

En la contingencia profesional (accidente de trabajo o enfermedad profesional), la protección dispensada es mayor. El trabajador cobra desde el primer día de la baja el 75% de la base reguladora y lo paga la entidad gestora.

La epidemia del COVID-19 había reabierto un viejo debate que ya se suscitó en 2009 con la Gripe A, y era cuál debe ser la consideración de la contingencia (si de causa laboral: accidente o enfermedad profesional o como contingencia “enfermedad común” o no laboral) de las bajas del personal sanitario que bien se contagie tras la atención a un paciente

infectado o bien deba permanecer aislado de forma preventiva hasta confirmar si se ha infectado o no por el virus. La inicial declaración como contingencia común de estas infecciones motivó, una fuerte reacción social que conllevó numerosos procedimientos judiciales, de los que un ejemplo fue la STSJ Galicia, Rec. 481/2019, 13 de mayo de 2019, ECLI: ES:TSJGAL:2019:3289, que consideró enfermedad profesional el caso de una enfermera contagiada de gripe aviar por contacto con pacientes infectados.

Esta Sentencia analizó el caso de una enfermera que prestando servicios para el Servicio Galego de Saúde (Sergas) inició situación de Incapacidad temporal con el diagnóstico de "gripe debida a virus de la gripe aviar identificado"; y, en el que constaba que en la unidad de enfermería de hematología/cirugía vascular, en la que presta servicios la demandante, ingresaron a tres pacientes diagnosticados de gripe A, de los cuales, al menos dos de ellos, estuvieron a cargo de la demandante con carácter previo al contagio. El INSS inició de oficio expediente de determinación de contingencia referido al proceso de incapacidad temporal y en resolución de marzo de 2017 había declarado que este proceso derivaba de contingencias comunes.

En el supuesto analizado, la Sala de lo Social entiende, que el proceso de IT de la enfermera diagnosticada de gripe aviar, varios días después del contacto con pacientes que padecían la misma enfermedad infecciosa que ella, tuvo lugar por la exposición -con motivos laborales- al agente biológico, y por lo tanto, el origen de su situación de IT es claramente profesional, aunque tras un largo proceso judicial.

El 4 de mayo de 2020, desde la OMC se remitieron tanto al Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social y al Ministerio de Trabajo y Economía Social argumentaciones jurídicas respaldando las solicitudes de la consideración de "contingencia de accidente de trabajo" y "enfermedad profesional" para estos contagios a los profesionales sanitarios.

El 27 de mayo de 2020, el Gobierno publicó el Real Decreto-ley 19/2020, de 26 de mayo, por el que se adoptaban medidas complementarias en materia agraria, científica, económica, de empleo y Seguridad Social y tributarias para paliar los efectos del COVID-19, cuyo artículo 9 consideraba como contingencia profesional derivada de accidente de trabajo las enfermedades padecidas por el personal que presta servicio en centros sanitarios o socio-sanitarios como consecuencia del contagio del virus SARS-CoV2. **La previsión solo era aplicable, sin embargo, a los contagios producidos hasta el mes posterior a la finalización del estado de alarma. El estado de**

alarma finalizó el 21 de junio de 2020, y en consecuencia, los contagios producidos después del 21 de julio de 2020 ya no tenían la consideración de contingencia profesional derivada de accidente de trabajo a todos los efectos.

Ante esta situación, el **27 de julio de 2020**, nuevamente se pone en conocimiento de ambos Ministerios esta situación reivindicando el desarrollo de nuevas medidas para que los contagios por COVID-19 siguieran considerándose enfermedad conexas con el trabajo después de dicha fecha límite y mientras durase la situación pandémica.

Tras estas nuevas comunicaciones, el Gobierno el **4 de agosto de 2020**, publica el Real Decreto-ley 27/2020, de 4 de agosto, de medidas financieras, de carácter extraordinario y urgente, aplicables a las entidades locales, **reconociendo conforme se había solicitado en su Disposición Adicional 8ª la prórroga en la consideración de contingencia profesional del contagio por COVID-19 en los profesionales sanitarios desde el 1 de agosto hasta que las autoridades sanitarias levanten todas las medidas de prevención adoptadas para hacer frente a la crisis sanitaria.**

Con gran sorpresa, tras la entrada en vigor del Real Decreto-ley 27/2020 el día de su publicación -el 5 de agosto de 2020-, el **11 de septiembre de 2020** fue derogado después de que el Congreso de los Diputados rechazara su convalidación y se publicara el Acuerdo de derogación en el Boletín Oficial del Estado. **La situación normativa a partir de ese momento fue que los profesionales sanitarios y ante cualquier contagio producido por COVID-19 a estos trabajadores, desde el 21 de julio 2020 en adelante, carecería de la consideración de contingencia profesional.**

Nuevamente denunciada esta situación tanto al Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social y al Ministerio de Trabajo y Economía Social Sanidad, se expone el contexto en la que quedaban los Médicos ante los rebrotes que se seguían produciendo, indicando que nada había cambiado en el terreno de las repercusiones infectivas a los profesionales.

Por fin el **22 de septiembre de 2020**, se publica el Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia, disponiéndose en su Disposición adicional cuarta, la **“Consideración como contingencia profesional derivada de accidente de trabajo a las enfermedades padecidas por el personal que presta servicio en centros sanitarios o socio-sanitarios como consecuencia del contagio del virus SARS-CoV2 durante el estado de alarma.”**

1. Desde la declaración de la pandemia internacional por la Organización Mundial de la Salud y hasta que las autoridades sanitarias levanten todas las medidas de prevención adoptadas para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, 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) del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre.

2. El contagio y padecimiento de la enfermedad se acreditará mediante el correspondiente parte de accidente de trabajo que deberá haberse expedido dentro del mismo periodo de referencia.

3. En los casos de fallecimiento, se considerará que la causa es accidente de trabajo siempre que el fallecimiento se haya producido dentro de los cinco años siguientes al contagio de la enfermedad y derivado de la misma, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 217.2 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

Sin perjuicio de esta resolución se prosigue en la solicitud de la declaración de enfermedad profesional, así como la de profesión de riesgo.

Y el 2 de Febrero de 2021, se publica en el B.O.E., un nuevo Real Decreto-ley el 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. Incorporando entre otras disposiciones, la norma que reconoce a la COVID-19 como enfermedad profesional para todo el personal sanitario y sociosanitario.

Ya en su exposición de motivos (apartado III), se anticipa que “las prestaciones que pudieran devengar estos profesionales serán las mismas que el sistema de la Seguridad Social otorga a quienes hubieran contraído una enfermedad profesional”.

No obstante la norma no incluye “todavía”, conforme explicaré con posterioridad, que la Covid19 se incluya en el catálogo de

enfermedades profesionales, dentro del sistema de lista cerrada de enfermedades profesionales contenidas en el Real Decreto 1299/2006 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.

Pero a pesar de ello, con este reconocimiento se avanza en la protección de los profesionales “que prestan servicios en centros sanitarios o sociosanitarios y que contraigan la COVID-19 en el ejercicio de su profesión durante la situación de pandemia, extendiendo esta cobertura al personal sanitario que presta servicios en la inspección médica de los Servicios Públicos de Salud y del Instituto Nacional de la Seguridad Social y al personal sanitario de Sanidad Marítima que preste servicios en el Instituto Social de la Marina”.

Así, nuevamente se da una “respuesta excepcional a una situación también excepcional”, a las demandas que se habían formulado en este sentido desde no solo la OMC, sino también corporaciones y asociaciones de profesionales sanitarios y sociosanitarios, dando respuesta también a la demanda formulada al Gobierno por todos los grupos parlamentarios.

Pasaremos a continuación a analizar esta norma, iniciándolo por su art. 6 del RDL. En el primer apartado se anuncia que todo aquel personal sanitario y sociosanitario que, en el ejercicio de su profesión, es decir, durante la propia prestación de servicios sanitarios o sociosanitarios, contraiga el virus COVID-19, dentro del periodo comprendido desde la declaración de la pandemia internacional por la Organización Mundial de la Salud (OMS) hasta el levantamiento de todas las medidas de prevención adoptadas para hacer frente la actual crisis sanitaria, “tendrá las mismas prestaciones que el sistema de la Seguridad Social otorga a las personas que se ven afectadas por una enfermedad profesional”.

Lo que conlleva a que el reconocimiento tenga carácter retroactivo. En concreto, desde el pasado 11 de marzo, día en el que la OMS elevó la situación de emergencia de salud pública ocasionada por la COVID-19 a pandemia internacional, acreditándose el contagio en el ejercicio de la profesión, es decir durante la prestación de servicios sanitarios o sociosanitarios, que se presumirán siempre por los servicios de prevención de riesgos laborales que deberán emitir un informe donde se haga constar que el profesional ha estado expuesto al COVID-19, en el ámbito temporal citado.

En el apartado cuarto del detallado art. 6, se informa 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”.

La disposición adicional tercera de esta norma y bajo los mismos requisitos anteriormente citados, extiende la reiterada protección por contingencias profesionales al personal sanitario de la inspección médica de los Servicios Públicos de Salud y del Instituto Nacional de la Seguridad Social y al personal sanitario de Sanidad Marítima que preste servicios en el Instituto Social de la Marina.

Todo lo anterior junto a las ventajas de una mayor facilidad para declarar la contingencia y un mayor nivel de protección. Esto se traduce en la posibilidad de cobrar una mejor pensión o indemnización. El periodo de aislamiento pasaría a ser considerado como periodo de observación de enfermedad profesional, junto a la imprescriptibilidad de su reconocimiento, que es posible en cualquier momento posterior a los sucesos que dieran lugar a la declaración de tal contingencia, incluso superando la edad de jubilación. La imprescriptibilidad daría lugar a la compensación como enfermedad profesional de las secuelas que pudieran sobrevenir en un futuro, derivadas de haber padecido la enfermedad cuyo curso clínico evolutivo es imprevisible.

Por último y frente a la ausencia en estos momentos de estar en la lista cerrada de enfermedades profesionales del Real Decreto 1299/2006 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, debemos recordar que el 3 de junio fue publicada la Directiva (UE) 2020/739 de la Comisión Europea, por la que se modifica el Anexo III de la Directiva 2000/54/CE contemplando la inclusión del SARS-CoV-2 como patógeno humano del grupo de riesgo 3. Incluyendo dicho virus como agente biológico específico del trabajo y determinando que los Estados miembros habrán de poner en vigor el 20 de noviembre 2021, a más tardar, las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a la Directiva europea.

Fecha la de noviembre de este año en la que la experiencia vivida en esta pandemia, permita la inclusión del SARS-CoV-2 como patógeno humano del grupo de riesgo 4 a todos los efectos, que son aquellos que pueden causar una enfermedad grave en humanos y suponen un serio peligro para los trabajadores por existir muchas posibilidades de que se propague y la inexistencia de tratamientos eficaces.

Así, se han ido recorriendo toda una serie de fases en beneficio de los profesionales sanitarios con respuestas excepcionales a las demandas

formuladas por todos los colectivos sanitarios y sociosanitarios, dando respuesta también a la demanda formulada al Gobierno por todos los grupos parlamentarios, constituyendo a pesar de los desafíos y reclamaciones pendientes, un gran éxito del colectivo sanitario.