

NOTA INFORMATIVA SOBRE LA POSIBLE CONSIDERACIÓN COMO CONTINGENCIA PROFESIONAL DE LAS ENFERMEDADES DERIVADAS DE LA EXPOSICIÓN AL NUEVO CORONAVIRUS (SARS-COV-2) Y LA PROCEDENCIA DEL RECARGO DE PRESTACIONES POR FALTA DE MEDIDAS DE SEGURIDAD.

I.- PLANTEAMIENTO

Tras la situación de crisis sanitaria ocasionada por el SARS-COV-2, declarada como situación de pandemia por la Organización Mundial de la Salud el pasado 11 de marzo, se ha producido una importante incidencia de la enfermedad entre la población española.

Partiendo de esta base, debemos indicar que se están produciendo múltiples solicitudes y consultas en las que se solicita la declaración como contingencia profesional de las enfermedades derivadas de la exposición del virus COVID-19 y, presumiblemente, se solicitará en numerosas ocasiones la propuesta de recargo de prestaciones prevista por el artículo 164 de la Ley General de la Seguridad Social, Texto Refundido aprobado mediante Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 octubre (en adelante TRLGSS). En este supuesto nos ocuparemos exclusivamente del criterio que debe seguir por la Inspección de Trabajo y Seguridad en los supuestos en los que se formulen denuncias o solicitudes para la solicitud del recargo de prestaciones.

La regulación legal del recargo de prestaciones económicas de la Seguridad Social, derivadas de accidente de trabajo o enfermedad profesional se encuentra recogida en el artículo 164 del TRLGSS:

“Todas las prestaciones económicas que tengan su causa en accidente de trabajo o enfermedad profesional se aumentarán, según la gravedad de la falta, de un 30 a un 50 por ciento, cuando la lesión se produzca por equipos de trabajo o en instalaciones, centros o lugares de trabajo que carezcan de los medios de protección reglamentarios, los tengan inutilizados o en malas condiciones, o cuando no se hayan observado las medidas generales o particulares de seguridad y salud en el trabajo, o las de adecuación personal a cada trabajo, habida cuenta de sus características y de la edad, sexo y demás condiciones del trabajador”

El primer requisito legal, en consecuencia, para que proceda el reconocimiento del recargo es que las prestaciones económicas sobre las que se va a aplicar el mismo tengan su origen en una contingencia profesional, es decir, en accidente de trabajo o enfermedad profesional.

A todo ello nos referimos a continuación.

II.- CONTINGENCIAS PROFESIONALES ORIGEN DEL RECARGO.

Como se ha señalado, el recargo tiene siempre su origen en una contingencia profesional, ya sea accidente de trabajo o enfermedad profesional.

Además de la normativa general relativa a esta materia, desde el inicio de la pandemia se han venido aprobando distintas normas que la regulan específicamente.

1. En primer lugar, el artículo quinto 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, modificado por Real Decreto-ley 13/2020, de 7 de abril, establece lo siguiente:

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

Es decir, se prevé una regla general, que es la asimilación al AT de aquellos periodos de aislamiento o contagio de las personas trabajadoras provocados por el virus COVID-19, si bien única y exclusivamente a efectos de la prestación económica por incapacidad temporal.

Junto a dicha regla general, se prevé la posibilidad de que se acredite que el contagio se ha contraído en el trabajo, y este sea la “causa exclusiva” del mismo, en cuyo caso, será calificada como accidente de trabajo a todos los efectos y sin referirse a ocupaciones concretas.

2. Posteriormente, el 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, prevé en su artículo 9 que:

*“1. Las prestaciones de Seguridad Social que cause el **personal que presta servicios en centros sanitarios o socio-sanitarios**, inscritos en los registros correspondientes, y que en el ejercicio de su profesión, hayan contraído el virus SARS-CoV2 durante cualquiera de las fases de la epidemia, por haber estado expuesto a ese riesgo específico durante la*

*prestación de servicios sanitarios y socio-sanitarios, cuando así se acredite por los servicios de Prevención de Riesgos laborales y Salud Laboral, **se considerarán derivadas de accidente de trabajo**, al entender cumplidos los requisitos exigidos en el artículo 156.2.e) del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre.*

2. Esta previsión se aplicará a los contagios del virus SARS-CoV2 producidos hasta el mes posterior a la finalización del estado de alarma, acreditando este extremo mediante el correspondiente parte de accidente de trabajo que deberá haberse expedido dentro del mismo periodo de referencia.

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

De esta regulación se desprenden las siguientes exigencias a tener en cuenta en las actuaciones inspectoras:

- Los centros han de estar inscritos en los registros correspondientes, y se habrá de comprobar dicha circunstancia.
- El personal ha de haberse contagiado en el ejercicio de su profesión.
- El personal tiene que haber estado expuesto al riesgo específico durante la prestación de los servicios sanitarios o sociosanitarios, lo que debe ser acreditado por el servicio de prevención del centro.
- El contagio se ha de haber producido durante el estado de alarma, en cualquiera de las fases de la epidemia y hasta el mes posterior a la finalización de aquél, lo que tuvo lugar el día 21 de junio. Si hubo fallecimiento se requiere que éste se haya producido dentro de los 5 años siguientes al contagio de la enfermedad y haya sido derivado de la misma.
- El reconocimiento de la condición de accidente de trabajo alcanza también a las enfermedades padecidas como consecuencia del contagio del virus “SARS-CoV2”.

Debe tenerse en cuenta que el Real Decreto-ley 27/2020, de 4 de agosto, de medidas financieras, de carácter extraordinario y urgente, aplicables a las entidades locales, prevé en su disposición adicional octava la prórroga del precitado artículo 9 del Real Decreto-ley 19/2020, de 26 de mayo, a partir del 1 de agosto, de tal manera que, desde dicha fecha 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”* se considerarán 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.

3. Por último, se presenta el supuesto de personas trabajadoras de cualquier sector u ocupación, no sólo sanitarios o sociosanitarios, que hayan sufrido un contagio por COVID-19 como consecuencia del cual hayan percibido cualquier tipo de prestación económica de la Seguridad Social y hayan podido acreditar que la contingencia ha tenido como causa exclusiva el trabajo, en cuyo caso también se podrá considerar accidente de trabajo, conforme al art.156.2 e) del TRLGSS. En este caso, frente al del personal de los sectores sanitarios o sociosanitarios, no se establece la presunción prevista en el art. 9 del Real Decreto-ley 19/2020, que se citó anteriormente, ni basta con la certificación del servicio de prevención, sino que tienen que acreditar que la causa exclusiva de la enfermedad ha sido el trabajo.

III. COMPETENCIA PARA DETERMINAR EL ORIGEN PROFESIONAL DE LA CONTINGENCIA.

Una vez vistos los posibles supuestos en los que el COVID-19 puede ser considerado como contingencia profesional, debe recordarse que la calificación como común o profesional de una contingencia entra en el ámbito de competencias del Instituto Nacional de Seguridad Social, de tal manera que, en primer lugar, cuando se denuncie ante la ITSS el carácter profesional de la contingencia, frente a una calificación inicial de la misma por la empresa como común, se deberá informar al denunciante de que debe dirigirse al INSS, para que inste la iniciación del procedimiento correspondiente para el reconocimiento del carácter profesional de la contingencia.

En cualquier caso, si tras el inicio de un procedimiento de determinación del carácter profesional de una contingencia protegida por el Sistema de Seguridad Social, la Entidad Gestora (INSS) solicita informe al efecto, se procederá a dar trámite a la solicitud señalada.

No obstante, también cabe la posibilidad de que, investigado un supuesto concreto referido a una incapacidad presuntamente ocasionada por el COVID-19 pero calificada como accidente no laboral o enfermedad común, si el actuante de la ITSS estima que concurren los requisitos para su calificación como profesional, inicie el procedimiento mediante comunicación al INSS, conforme a lo previsto por el artículo 6.1.a) del Real Decreto 1430/2009, de 11 de septiembre, por el que se desarrolla reglamentariamente la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, en relación con la prestación de incapacidad temporal o el artículo 4.1.a) del Real Decreto 1300/1995,

de 21 de julio, por el que se desarrolla, en materia de incapacidades laborales del sistema de la Seguridad Social, la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social.

IV. SUPUESTOS EN LOS QUE CABE FORMULAR LA PROPUESTA DE RECARGO DE PRESTACIONES.

En todo caso, calificada una contingencia causante de prestaciones económicas de la Seguridad Social como profesional, cabe la posibilidad de que se reclame por los beneficiarios de aquellas que dicha contingencia tiene su causa en el incumplimiento de las medidas de seguridad y salud en el trabajo exigibles por parte del empleador y, por lo tanto, se solicite la declaración del recargo de prestaciones previsto por el artículo 164 TRLGSS.

Sin embargo, ello no es de aplicación respecto a lo regulado en el artículo 5 del Real Decreto-ley 6/2020 mencionado, por el que se prevé que se considerará situación asimilada a accidente de trabajo, exclusivamente para la prestación económica de incapacidad temporal del sistema de Seguridad Social, aquellos periodos de aislamiento o contagio de las personas trabajadoras provocados por el virus COVID-19, por cuanto la regulación es muy clara en cuanto que los períodos de aislamiento y contagio por el COVID-19 no se consideran como accidente de trabajo sino como una situación asimilada a accidente de trabajo, y a los solos efectos de la prestación económica de incapacidad temporal derivada de la misma. Es decir, tal regulación deja fuera que se tenga en cuenta tal asimilación a otros efectos, como pueda ser la aplicación del recargo de prestaciones, u otro tipo de prestaciones, salvo que, como señala el propio artículo *“se pruebe que el contagio de la enfermedad se ha contraído con causa exclusiva en la realización del trabajo en los términos que señala el artículo 156 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, en cuyo caso será calificada como accidente de trabajo”*.

No obstante, respecto al resto de supuestos, una vez calificada la contingencia como profesional, en caso de denunciarse incumplimientos por parte del empleador que pudieran ser causa del accidente de trabajo, será precisa la actuación inspectora para comprobar si se cumplen los requisitos previstos por el artículo 164 TRLGSS para la aplicación del recargo.

V. ACTUACIÓN INSPECTORA

Una vez determinado que el origen de las prestaciones económicas de la Seguridad Social es un accidente de trabajo, ya sea por reconocimiento explícito de la empresa o por

resolución firme del INSS, conforme se ha señalado en los apartados anteriores, las actuaciones inspectoras de comprobación de las circunstancias en las que se produjeron dichas contingencias, con objeto de realizar por los funcionarios inspectores actuantes el informe propuesta de recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad, se acomodarán a los **procedimientos ordinarios de la actuación inspectora**.

En todo caso, se deberán tener en cuenta los siguientes aspectos:

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

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

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

2. La **normativa** cuyo incumplimiento justificaría la propuesta del recargo, atendiendo a lo previsto en el artículo 164 de la LGSS puede ser, entre otra, la siguiente:

Puestos de trabajo con riesgo de exposición profesional al SARS CoV-2.

-Ley 31/1995 y Real Decreto 39/1997

-Real Decreto 664/1997 u otros Reglamentos que desarrollan la Ley 31/1995 y se citan en el Criterio Operativo 102/2020.

Para esos puestos y para cualesquiera otros que no tengan riesgo de exposición profesional al SARS-COV-2, la propuesta de recargo podría venir justificada por el incumplimiento **de las medidas dictadas por las autoridades sanitarias** que regulen aspectos higiénicos, organizativos y de protección personal frente al riesgo de contagio del COVID-19.

En este sentido, debe tenerse en cuenta que el artículo 164 de la Ley General de la Seguridad Social, cuyo texto refundido fue aprobado mediante Real Decreto Legislativo 8/2015, al regular el recargo de prestaciones prevé que el mismo se propondrá *“cuando la lesión se produzca por equipos de trabajo o en instalaciones, centros o lugares de trabajo que carezcan de los medios de protección reglamentarios, los tengan inutilizados o en malas condiciones, o cuando no se hayan observado las medidas generales o particulares de seguridad y salud en el trabajo, o las de adecuación personal a cada trabajo, habida cuenta de sus características y de la edad, sexo y demás condiciones del trabajador.”*

La actual redacción del artículo 164 de la LGSS tiene su precedente inmediato en el artículo 123 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, el cual preveía que el recargo se impondría *“cuando la lesión se produzca por máquinas, artefactos o en instalaciones, centros o lugares de trabajo que carezcan de los dispositivos de precaución reglamentarios, los tengan inutilizados o en malas condiciones, o cuando no se hayan observado las medidas generales o particulares de seguridad e higiene en el trabajo, o las elementales de salubridad o las de adecuación personal a cada trabajo, habida cuenta de sus características y de la edad, sexo y demás condiciones del trabajador.”*

Hay que concluir, por tanto, que, tratándose la ley actual de un texto refundido nos encontramos ante una norma cuya finalidad no es sino la de unificar en un solo texto las diversas disposiciones existentes previamente. Y aunque la autorización para refundir diversas normas puede incluir las facultades de aclaración y armonización, esto no supone en ningún caso la facultad para modificar sustancialmente el alcance de los preceptos anteriores al nuevo texto refundido ni para introducir cambios *ex novo* con ocasión de la refundición de su disperso articulado en un texto único.

Es por ello que, aunque la nueva norma no haga referencia a las medidas elementales de salubridad, como son las medidas de sanidad y salud pública a las que se ha hecho referencia, la propia naturaleza y alcance del texto refundido nos permiten entender que el

incumplimiento de dichas medidas pueden ser también motivo suficiente para la imposición de recargo de prestaciones por parte del INSS.

En cuanto al Real Decreto-ley 21/2020, de 9 de junio, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación necesarias para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, aprobado con vistas a la expiración de la vigencia del estado de alarma, el incumplimiento de las medidas de prevención e higiene contenidas en el art. 7 del mismo también justificaría la formulación de propuesta de recargo de prestaciones, pero solamente desde que entró en vigor, el 21 de junio hasta que el Gobierno decreta la finalización de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.

3. Momento de remisión del informe con la propuesta de recargo.

La incidencia de diversas normas en el recargo de prestaciones, al ser regulada esta figura tanto material como procedimentalmente, hace conveniente determinar a través de que vías se propondrá este recargo al órgano competente por los funcionarios de la ITSS.

En primer lugar, cuando el accidente de trabajo tenga su origen en el incumplimiento de medidas de prevención de riesgos laborales, en los puestos de trabajo con riesgo de exposición profesional al SARS CoV-2, dicha comunicación se llevará a cabo bien ante solicitud de informe por parte del INSS o bien cuando finalizada la actividad comprobatoria se constate que el accidente ha sido ocasionado por falta de medidas de seguridad y salud laboral, conforme al artículo 22.9 de la Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

En el supuesto de que el origen del accidente haya sido el incumplimiento de las medidas sanitarias anteriormente citadas, al no encontrarnos ante puestos de trabajo en los que el riesgo de exposición al SARS-CoV-2 es un riesgo profesional, el inicio del procedimiento para la declaración de recargo deberá ser tramitado directamente por el interesado ante la entidad gestora, la cual podrá solicitar informe de la ITSS, que informará acerca del cumplimiento o no de dichas medidas de carácter sanitario, así como, en su caso la relación de causalidad entre su incumplimiento y el daño irrogado al trabajador.

4. Criterios sobre graduación del porcentaje propuesto



Se tendrá en cuenta lo previsto en el Criterio Técnico Interpretativo núm. 51/2007 de 2 de julio, *sobre la determinación del porcentaje en el recargo de prestaciones económicas por falta de medidas de Seguridad e Higiene.*