

LAS ENFERMEDADES PROFESIONALES: CUESTIONES PENDIENTES

FRANCISCA M^a FERRANDO GARCÍA

NET₂₁ NÚMERO 6, NOVIEMBRE 2021

1. Ineficacia de la normativa en materia de enfermedades profesionales: causas y (algunos) remedios

El marco normativo existente en materia de enfermedades profesionales no se ha traducido en una eficaz protección de las víctimas. Ello es debido, en primer lugar, a un claro problema de infradeclaración, advertido por la doctrina especializada y las asociaciones de personas afectadas, cuya superación pasa por la formación de los facultativos de atención primaria y de especialistas en medicina del trabajo.

Dicha infradeclaración tiene como consecuencia el reconocimiento de prestaciones (por contingencias comunes) de menor cuantía y conlleva la socialización con cargo a los servicios públicos de salud y al INSS del gasto derivado de la atención sanitaria y de las prestaciones de Seguridad Social (GARCÍA, 2013, p. 69); y, en el peor de los casos, la denegación del acceso a la pensión correspondiente por falta de la cotización requerida. Además, la declaración del origen común de la dolencia supone su desvinculación causal de la actividad profesional, lo que tiene un doble efecto negativo, en cuanto dificulta la prevención de futuras bajas e impide el resarcimiento del daño por el eventual incumplimiento de las obligaciones empresariales en materia de prevención de riesgos laborales. El reconocimiento del origen profesional de la contingencia es, pues, esencial de cara a la prevención de los riesgos y a la protección de las víctimas.

Otro obstáculo a la declaración del origen profesional de la enfermedad es la dificultad probatoria que entraña. En los procesos en esta materia es usual encontrar una diversidad de informes médicos contradictorios aportados por las partes. Aunque en la apreciación de la prueba pericial el juez dispone de un amplio margen de actuación, siendo libre de valorarla conforme a las reglas de la sana crítica (arts. 97.2 LRJS y 348 LEC), se suele otorgar prevalencia a los informes emitidos por una institución médica de prestigio o perito médico

especializado en la enfermedad objeto del informe [STS de 6 marzo 1991 (ECLI: ES:TS:1991:1279)]; por entidad o perito imparcial (v.gr. el médico forense o por los Institutos de Seguridad y Salud Laboral de las CC.AA.), frente al médico de empresa; y a los informes públicos antes que a los privados, por la mayor objetividad de aquellos [TSJ Castilla y León, Burgos, 83/2006, de 2 de febrero (rec. 1072/2005)], como es el caso de los informes que obran en el expediente administrativo aportado al juicio (RIVAS, 2006, p. 235), sobre todo en los procesos sobre responsabilidad resarcitoria de la empresa o recargo de prestaciones, en los que la Entidad Gestora no es parte interesada (SÁNCHEZ y TOLOSA, 2002, p. 823). Con todo, no faltan pronunciamientos en materia resarcitoria que asumen el diagnóstico contenido en el informe pericial aportado por la empresa, que niega la exposición al agente nocivo, contrariamente al diagnóstico emitido por expertos, incluso cuando el trabajador ya había sido declarado en IP por contingencias profesionales [STSJ Murcia de 11 octubre 2017 (rec. 1046/2016)].

Tampoco cabe ignorar el coste que la aportación de informes periciales de especialistas de reconocido prestigio comporta para las víctimas, que normalmente cuentan con menos recursos económicos que la contraparte (empresa, Mutua, INSS...). Por ello, y en aras del principio de igualdad procesal, el órgano judicial -de oficio o a instancia de parte- debería acudir al médico forense (posibilidad que contempla el art. 93.2 LRJS), a fin de obtener una opinión imparcial que contribuya a superar posibles contradicciones entre informes médicos. Conviene recordar que, conforme a los arts. 6.6 Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita y 339.1 LEC, la asistencia pericial a cargo del personal técnico adscrito a los órganos jurisdiccionales puede obtenerse gratuitamente por quienes tienen derecho al beneficio de justicia gratuita (HERNÁNDEZ, 2008, pp. 427-433). En este sentido, existen pronunciamientos judiciales que entienden que el derecho a la tutela judicial efectiva quedaría vacío de contenido si, en un pleito donde se discrepa de las dolencias, una parte no pudiera acudir a una prueba pericial objetiva distinta de la aportada por la otra parte por carecer de medios económicos para ello [STSJ Extremadura de 15 junio de 2006 (rec. 230/2006)].

2. El amianto: un problema actual de salud laboral ... y pública

Las sentencias dictadas en los últimos meses por el Tribunal Supremo, el 23 de julio de 2021 (rec. 2843/2018) y, en sede de suplicación, entre otros, por los TSJ de Cataluña, el 10 de junio de 2021 (rec. 847/2021) y de Castilla y León, el 2 de junio de 2021 (rec. 160/2021), vienen a recordar la amenaza a la que están expuestas muchas personas trabajadoras en los sectores de la

aeronáutica, automoción, construcción, farmacéutico, ferroviario, naval, nuclear, textil, montajes eléctricos y telefónicos, etc., como consecuencia de la inhalación de polvo y fibras de amianto. No obstante, más allá de la puntual atención que suscita algún pronunciamiento judicial en la materia y de los estudios dedicados a la cuestión por parte de la doctrina, la problemática jurídico-laboral, sanitaria y social que suponen las enfermedades profesionales derivadas del amianto (como el mesotelioma y la asbestosis) no parece haber trascendido a la sociedad.

Sobre la dimensión laboral de este riesgo, diversos estudios señalan que entre 60.000 y 90.000 personas realizaron trabajos con exposición al asbesto en España durante el tiempo en que no estuvo prohibido su uso-, directamente relacionada con el uso masivo de este material en numerosos sectores de actividad, hasta la prohibición de su uso que, en España, se materializó mediante la Orden de 7 de diciembre de 2001, en cumplimiento de la Directiva 1999/77/CE. No en vano se ha hablado de una auténtica "pandemia" derivada de la exposición a esta sustancia (NIETO, 2014).

Pese a que la prohibición data de hace ya veinte años, en modo alguno constituye un problema del pasado. Y ello porque, como consecuencia de su gestación larvada (de 20 a 40 años), estas enfermedades se manifiestan y diagnostican mucho tiempo después de la exposición al agente nocivo, incluso décadas tras la finalización de la actividad sospechosa, lo que dificulta la determinación del origen profesional de la patología, planteando, además, entre otros problemas jurídicos, los relacionados con la caducidad de la acción y la legitimación pasiva en caso de subrogación de empresas y/o de sucesión de entidades (Mutuas, INSS) aseguradoras. La imputación de responsabilidad a las empresas se ve, asimismo, obstaculizada respecto de aquellas que se niegan a facilitar el listado de trabajadores y trabajadoras que han estado expuestos al amianto, circunstancia reiteradamente denunciada por APENA (Asociación de Perjudicados y Afectados por Amianto). A todo ello se añade el hecho de que muchas víctimas y sus familiares ignoran que el informe médico ha de centrarse en la búsqueda y recuento de fibras de amianto en los pulmones del trabajador, de ahí que sea conveniente que los propios facultativos que les reconocen soliciten dichos informes.

A lo anterior se suma la existencia, todavía hoy, de actividades que implican el contacto con el asbesto, como evidencia el diagnóstico de fibrosis pulmonar a varios trabajadores de Metro de Madrid que utilizaba amianto en un modelo de trenes con 27 años de antigüedad. Si bien la empresa conocía de la existencia de amianto en la red desde principios de los noventa, hasta

2017 no informó a sus empleados, comenzando las tareas de desamiantado ya en 2018.

Pero, la inhalación de polvo de amianto y otros agentes perjudiciales generados por la actividad empresarial, no solo afecta gravemente a la salud de las personas trabajadoras, sino también a la de quienes conviven con ellas y a la ciudadanía en general, multiplicando su impacto sanitario y socioeconómico. Estas víctimas de la exposición doméstica y medioambiental podrán recabar el resarcimiento de los daños padecidos [STS/Civil de 15 marzo 2021 (rec. 1235/2018)] ante el orden civil de la jurisdicción [STS/Civil, de 3 diciembre 2015 (rec. 558/2014)], si bien algún pronunciamiento ha admitido la competencia del orden social cuando es el propio trabajador quien interpone la demanda para reclamar la responsabilidad contractual por los perjuicios, morales o económicos, derivados del incumplimiento por parte de la empresa en el ámbito del contrato de trabajo, aunque ese perjuicio hubiere recaído además sobre una tercera persona ajena a la relación laboral [SSTSJ Cataluña de 15 junio 2015 (rec. 1703/2015) y 17 julio 2018 (rec. 2844/2018)].

3. Ampliación del listado de enfermedades profesionales: algunas inclusiones recientes y otras pendientes

El RD 257/2018 de 4 de mayo, modificó el cuadro de enfermedades profesionales contenido en el Anexo I del RD 1299/2006, para incluir el cáncer de pulmón por inhalación de polvo de sílice. Sin duda, dicha ampliación, junto con la actualización de sustancias consideradas cancerígenas en el trabajo (incluyendo, entre otras, el mencionado polvo de sílice asociado a la silicosis) y la introducción o modificación, según los casos, de los valores límite de exposición profesional, por los RD 1154/2020, de 22 de diciembre y RD 427/2021, de 15 de junio, que transponen la normativa comunitaria en la materia, aumentará el nivel de protección de la salud y la seguridad de las personas trabajadoras en el trabajo.

Ahora bien, la incorporación de enfermedades, agentes nocivos o actividades de riesgo al elenco de enfermedades recogido en el RD 1299/2006, constituye un proceso lento, que en el ínterin provoca inseguridad jurídica y conduce a la judicialización de muchos expedientes de incapacidad.

Es el caso de algunas dolencias que, en el listado de enfermedades profesionales, aparecen asociadas a actividades prestadas mayoritariamente por trabajadores varones. Como se sabe, las SSTS de 5 de noviembre de 2014

(rec. 1515/2013) y 11 de febrero de 2020 (rec. 3395/2017), han calificado como enfermedad profesional el síndrome de túnel carpiano bilateral padecido, respectivamente, por una limpiadora y por una camarera de pisos, por considerar que las actividades que el RD 1299/2006 recogía respecto de dicha patología tenían carácter ejemplificativo.

Para integrar la laguna normativa respecto de las profesiones feminizadas, algunos pronunciamientos han efectuado, además, una interpretación del RD 1299/2006 con perspectiva de género, al amparo del art. 4 LOIEMH. Cabe citar en este sentido las SSTSJ de Galicia de 11 de marzo de 2016 (rec. 385/2015) y 14 de octubre de 2016 (rec. 1513/2016), que consideran enfermedad profesional la patología tendinosa crónica del manguito de los rotadores del hombro y la tendinitis calcificante de hombro con relación a los trabajos de termofijadora en empresa textil y de paleadora y limpiadora, que no aparecen expresamente citados en el RD 1299/2006, a diferencia de otras profesiones mayoritariamente masculinizadas (pintores, escayolistas, montadores de estructuras). La referida doctrina judicial ha de ser bienvenida, sin perjuicio de que seguir reivindicando la inclusión explícita de las profesiones feminizadas en el listado de enfermedades profesionales, para una mayor garantía del principio de igualdad efectiva entre mujeres y hombres.

La incorporación de las enfermedades de origen psicosocial constituye otra asignatura pendiente, siguiendo la pauta marcada por el listado de Enfermedades Profesionales de la OIT, revisado en 2010, al que se añaden enfermedades mentales y del comportamiento, en coherencia con los nuevos riesgos del trabajo (NIETO, 2014). La omisión de los riesgos psicosociales de la lista de enfermedades profesionales ha determinado su reconducción a la figura de enfermedad del trabajo, menos garantista que la de enfermedad profesional, tanto desde un punto de vista preventivo pues la obligación empresarial de efectuar reconocimientos médicos previos y periódicos (arts. 243 y 244 LGSS) viene referida a la enfermedad profesional, como desde la perspectiva prestacional, toda vez que el concepto legal de enfermedad de trabajo requiere “que se pruebe que la enfermedad tuvo por causa exclusiva la ejecución del mismo” [art. 156.2.e) LGSS]. Por ello, se ha propuesto la inclusión de las enfermedades psicosociales en el listado de enfermedades profesionales o, en su defecto, la sustitución de la exigencia de relación de causalidad exclusiva con el trabajo a efectos de la declaración de enfermedad del trabajo, por la de causalidad prevalente o relevante (AA.VV., 2018, p. 186). En este punto, resulta también obligado hacer referencia al COVID-19. Recientemente, el art. 6 del RD-Ley 3/2021, de 2 de febrero, ha extendido la protección prevista para las enfermedades profesionales en el sistema de

Seguridad Social, al personal que preste servicios en centros sanitarios y sociosanitarios inscritos en los registros correspondientes que haya contraído el COVID-19. Sin embargo, dicha norma no modifica el elenco de enfermedades profesionales, razón por la que CCOO ha reclamado su incorporación inmediata y de forma permanente en el listado de enfermedades profesionales. Es más, la Disposición adicional cuarta de la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia), ha vuelto a la previa consideración como contingencia profesional derivada de accidente de trabajo de esta enfermedad [conforme al artículo 156.2.e) LGSS], previsión que contradice lo establecido por el RD-Ley 3/2021 y que la AEDTSS ha calificado como un fallo técnico, llamando al legislador a su aclaración.

Con relación a esta normativa, se ha criticado con razón (MERINO y CONTRERAS, 2021; ROMERO, 2021) la exclusión del personal de ambulancias, limpieza, vigilancia y administrativo que presta sus servicios en los mismos centros. Por fortuna, existe ya algún pronunciamiento que reconoce, en contra del criterio del INSS y de la Mutua basado en la literalidad de la norma, el origen profesional de la enfermedad contraída por personal no sanitario. Por citar dos ejemplos, la SJS/3 de Talavera de la Reina, núm. 187/2021, de 21 mayo 2021, respecto de un auxiliar administrativo; y la SJS/3 Barcelona, núm. 340/2021, de 27 septiembre 2021, relativa al personal no sanitario en un centro asistencia de personas mayores, a cuyo tenor, según la Recomendación 194 de la OIT, las enfermedades causadas por agentes biológicos en el puesto de trabajo que no se mencionan directamente en la lista, como es el caso de la COVID-19, pueden ser reconocidas como enfermedades profesionales si se establece una relación entre el trabajo y el lugar en el que se desarrolla.

En cualquier caso, como nos recuerda la doctrina (ROMERO, 2021), también podría servir de base a dicha calificación, lo previsto en el anexo 1, grupo 3 del RD 1266/2006, respecto de las enfermedades profesionales causadas por agentes biológicos, Agente A, Subagente 01 "Enfermedades 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"; y en la Directiva (UE) 2020/739 de la Comisión de 3 de junio de 2020 por la que se modifica el anexo III de la Directiva 2000/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a la inclusión del SARS-CoV-2 en la lista de agentes biológicos que son patógenos humanos conocidos, así como la Directiva (UE) 2019/1833 de la Comisión, que ha sido traspuesta por la Orden TES/1180/2020, de 4 de diciembre, por la que se adapta en función del progreso técnico el 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.

Bibliografía citada

AA.VV., RAMOS QUINTANA, M.I. (Dir.), ROJAS RIVERO, G.P. (Coord.): "Guía Calificación jurídica de las patologías causadas por Riesgos Psicosociales en el trabajo. Propuestas de mejora", Secretaría de Salud Laboral y Medio Ambiente UGT-CEC, 2018. <https://www.ugt.es/sites/default/files/guiapatologiasweb.pdf>

GARCÍA GÓMEZ, M.: "El problema del amianto en España", *Arch Prev Riesgos Labor*, vol. 16, núm. 2, 2013.

HERNÁNDEZ MARTÍNEZ-CAMPELLO, C.: "La prueba pericial médica ante la jurisdicción laboral", en VV.AA., *La prueba pericial médica*, La Ley, Madrid, 2008.

MERINO SEGOVIA, A. y CONTRERAS HERNÁNDEZ, O.: "El tratamiento de las contingencias profesionales derivadas de la COVID-19", AA.VV., FERRANDO GARCÍA, F. (Dir.): *El escudo social frente a la pandemia. Análisis jurídico y propuestas para una legislación social más justa*, Bomarzo, 2021.

NIETO, J.: "Enfermedades laborales, una pandemia que requiere prevención", *Medicina y Seguridad del Trabajo*, vol. 60, núm. 234, 2014. https://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0465-546X2014000100001

RIVAS VALLEJO, P.: "Aspectos procesales relacionados con el proceso de reclamación de la prestación por incapacidad permanente. Vía administrativa y vía judicial", en VV.AA., RIVAS VALLEJO, P. (Dir.): *Tratado Médico-Legal sobre Incapacidades Laborales. La Incapacidad Permanente desde el punto de vista médico y jurídico*, Thomson-Aranzadi, 2006.

ROMERO RODENAS, M.J.: "Una nueva norma de urgencia: el RDL 3/2021, de 2 de febrero. (Complemento de maternidad y COVID como enfermedad profesional del personal sanitario y sociosanitario)", en BAYLOS GRAU, A., entrada blog de 4-02-2021. Disponible en: <https://baylos.blogspot.com/2021/02/una-nueva-norma-de-urgencia-el-rdl.html>

SÁNCHEZ PEGO, F.J. y TOLOSA TRIBIÑO, C.: "Los procesos de Seguridad Social", AAVV., DE LA VILLA GIL, L.E. (Dir.): *Derecho de la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, 2002.