

T R I B U N A

Social

76
ABRIL 1997

REVISTA DE SEGURIDAD SOCIAL Y LABORAL

**Derecho a un proceso
laboral "justo".**



**Nueva ordenación
de las Sociedades Laborales.**

**Convenios de las Corporaciones Locales
ante el Tribunal Supremo.**

CISS

T R I B U N A

Social

REVISTA DE SEGURIDAD SOCIAL Y LABORAL

Publicación mensual • Sólo se vende por suscripción.

Suscripción anual: 34.900 Ptas. (sin I.V.A.). Precio válido hasta 31-12-97.

Suscripciones: en Editorial Ciss, S.A. Colón, 1-5.ª Planta • Apartado 2037

Tfno.: (96) 352 34 61 • Fax (96) 352 25 38 • 46004 VALENCIA

DIRECCIÓN

• **José Ignacio García Ninet**

*CATEDRÁTICO DE DERECHO DEL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL
DE LA UNIVERSIDAD DE BARCELONA*

SECRETARIO

• **José Luis Carratalá Teruel**

*ABOGADO. PROFESOR TITULAR DE DERECHO DEL TRABAJO
EN LA ESCUELA SOCIAL DE VALENCIA*

CONSEJO DE REDACCIÓN

• **José Luis Carratalá Teruel**

*ABOGADO. PROFESOR TITULAR DE DERECHO DEL TRABAJO
EN LA ESCUELA SOCIAL DE VALENCIA*

• **José Ignacio García Ninet**

*CATEDRÁTICO DE DERECHO DEL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL
DE LA UNIVERSIDAD DE BARCELONA*

• **Manuel Planas Gómez**

*PROFESOR A. DE D.º DEL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL
DE LA UNIVERSIDAD JAIME I DE CASTELLÓN.*

TÉCNICO DE LA ADMINISTRACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL.

EDITA



Colón, 1-5º planta
Apartado 2037
Tfno. (96) 352 34 61
Fax. (96) 352 25 38
46004 VALENCIA

EDITORIAL CISS, S.A.

© Editorial CISS, S.A.

Colón, 1 - 5ª planta - Teléfono 352 34 61 - 46004 VALENCIA

No está permitida la reproducción total o parcial de esta publicación, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, por fotocopia, por registro u otros medios, sin el permiso previo y por escrito de los titulares del copyright.

Ni el editor ni los autores aceptarán responsabilidades por las pérdidas ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación.

Depósito Legal: BI-91-91
I.S.S.N. 1130-7331

Composición: INTERLINEA
Salamanca. 31-3.º - 46005 Valencia

Diseño: CUADERNAVIA
Alberique. 27-21.ª - 46008 Valencia

Imprime: Imprenta R.G.M., S.A.
P. Larramendi. 5-1.º - Bilbao

APP

ASOCIACION DE PRENSA PROFESIONAL

MIEMBRO DE LA FEDERACION
INTERNACIONAL DE LA
PRENSA PERIODICA

Publicación adherida a la APP no sujeta a control obligatorio de difusión por ser la presencia de la publicidad inferior al 10 por 100 de la paginación total

S U M A R I O

EDITORIAL

Por José Ignacio García Ninet	5
-------------------------------------	---

**COLABORACIONES ESPECIALES****El derecho a un proceso laboral "justo".**

Por Vicente Gimeno Sendra	11
---------------------------------	----

La problemática del S.I.D.A. en la acción protectora de la Seguridad Social.

Por María Pons Carmena	19
------------------------------	----

Libre circulación de trabajadores y prestación por desempleo: El caso del Caso BOSMAN contra el I.N.E.M.

Por Ramón Sellas i Benvingut	34
------------------------------------	----

JURISPRUDENCIA**Análisis****Cumplimiento tardío del empresario en la obligación de reingresar en el supuesto de excedencia voluntaria. *Dies a quo* para el cálculo de la indemnización (Comentario a la S.T.S. de 21 de enero de 1997).**

Por Sara Ruano Albertos	45
-------------------------------	----

La competencia para el conocimiento de la impugnación de convenios colectivos suscritos entre la Administración Local y el personal a su servicio (En torno a la doctrina de la Sala Tercera del Tribunal Supremo).

Por José Luis Carratalá Teruel	48
--------------------------------------	----

Reseña

A - En materia de Seguridad Social	56
--	----

B - En materia Laboral	68
------------------------------	----

**HILO DIRECTO**

1. Resolución de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social de 16 de diciembre de 1996, en relación con la responsabilidad subsidiaria. Interpretación del artículo 127.1 de la Ley General de la Seguridad Social	73
---	----

2. Resolución de la Dirección General del I.N.S.S. de 29 de enero de 1997, por la que se dictan instrucciones para la aplicación del Real Decreto sobre revalorización de pensiones del Sistema de la Seguridad Social para 1997	75
--	----

3. Resolución de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social de 20 de febrero de 1997, sobre la normalización de la base de cotización por contingencias comunes a partir del 1 de enero de 1997	81
--	----





CUESTIONES PRACTICAS

A. En materia de Seguridad Social

Ingresos de cuotas a la Seguridad Social.

Por Manuel Planas Gómez 83

B. En materia laboral

Nueva ordenación de las Sociedades Laborales. Algunos aspectos puntuales de la Ley 4/1997.

Por José Luis Carratalá Teruel 87



COMUNIDADES EUROPEAS

Reseña de disposiciones publicadas en el D.O.C.E., en materia Laboral y Seguridad Social

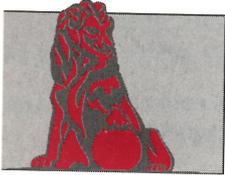
..... 91



RESEÑA NORMATIVA

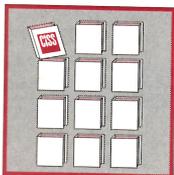
Reseña de disposiciones BB.OO.E. del 1 al 31-3-1997.

Por José Ignacio García Ninet 93



CRONICA PARLAMENTARIA

..... 95



RESEÑA BIBLIOGRAFICA

..... 99



SEGURIDAD
SOCIAL

La problemática del S.I.D.A. en la acción protectora de la Seguridad Social

Por **María Pons Carmena**. Profesora Asociada del Departamento de Derecho del Trabajo.
Universidad de Valencia

1. LA ENFERMEDAD DEL SIDA

1. Consideraciones generales

La enfermedad del S.I.D.A. consiste en la alteración del sistema inmunológico del organismo a consecuencia de la infección por un virus, llamado virus de inmunodeficiencia humana (V.I.H.). Los primeros casos de S.I.D.A. se diagnosticaron en 1981 en Los Angeles (California), entre pacientes homosexuales (1). El número de personas enfermas fue aumentando paulatinamente y extendiéndose geográficamente (2); así el S.I.D.A. dejó de ser una curiosidad epidemiológica para convertirse en una nueva enfermedad, una inmunodeficiencia celular (3).

Desde el punto de vista médico caben distinguir dos fases en el desarrollo de la enfermedad: En primer lugar, aquella en la que la persona —llamada portador— no presenta síntomas de la enfermedad pero sí una seroconversión positiva (4) producida por

el contagio del V.I.H. (5). En segundo lugar, aquella en la que la persona —ahora, enfermo— sufre alteraciones importantes en su salud —llamadas enfermedades intercurrentes— que constituyen el verdadero indicador del S.I.D.A. Ante la ausencia, hasta la fecha, de antídotos eficaces, las probabilidades de alargar la supervivencia del enfermo dependen exclusivamente de la fortaleza de su sistema inmunológico; en todo caso, el resultado inevitable del S.I.D.A. es la muerte.

Los datos sobre las personas contagiadas en la actualidad, así como las previsiones para los próximos años (6) han provocado que el contagio por V.I.H. y la enfermedad del S.I.D.A. se consideren una de las patologías más problemáticas en el ámbito de la salud pública mundial y una de las que más esfuerzos médicos y de investigación requieren. Mayores reflexiones, si cabe, requieren sus connotaciones sociales; de tal manera que se habla de 3 epidemias en relación con la enfermedad del S.I.D.A.: la difusión del V.I.H., la de la enfermedad, y las distintas respuestas sociales, culturales y políticas (7).

Desde su aparición, la enfermedad del S.I.D.A. ha recibido incontables calificativos despectivos (8): lacra

(1) "En los primeros momentos el S.I.D.A. (llamada enfermedad de las 4 "bachas") afectó fundamentalmente a determinados colectivos: homosexuales, hemofílicos, heroinómanos y baitianos (este último colectivo se incorporó a la leyenda negra de una forma tangencial: se habían diagnosticado 51 casos entre ciudadanos de origen baitiano que no eran homosexuales ni drogadictos y que tampoco habían recibido transfusiones de sangre, pero pronto se comprobó que se trataba de un contagio fortuito y que el S.I.D.A. no entendía de nacionalidades ni de razas). En 1984 un equipo norteamericano dirigido por Robert Gallo descubre el agente causante del S.I.D.A., un virus de la familia de los retrovirus. Por su parte, los investigadores del Instituto Pasteur de París llevaban ya varios meses explicando con enormes cautelas que creían haber identificado la causa del S.I.D.A. en un virus, el L.A.V., obtenido de los ganglios de un paciente. El equipo de Pasteur, dirigido por Luc Montagnier, había enviado a Gallo, el virólogo con más experiencia del mundo, una muestra de su virus. Se originó una batalla científica tremenda pues el virus que Gallo decía haber aislado en su laboratorio resultó ser idéntico al que le había enviado Luc Montagnier. PEREZ OLIVAS, M. "Miedo en las venas". **El País Semanal**, 1.023 número extra 20 años, 5 de mayo de 1996, pág. 316.

(2) España cuenta con 34.618 enfermos de S.I.D.A., diagnosticados hasta diciembre de 1995 y tiene 125.000 portadores que podrían desarrollar la enfermedad en los próximos años. Informe del Centro de Estudios sobre el S.I.D.A. de la Generalitat de Cataluña. **El País Semanal**, 1.023 número extra 20 años, 5 de mayo de 1996, pág. 322.

(3) En VIDAL MARTINEZ, J. y ALVENTOSA DEL RIO, J.: "La incidencia del Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (S.I.D.A.) en el ámbito jurídico". **Revista General del Derecho**, diciembre 1992, pág. 11966.

(4) ROMERO RODENAS, M.J.: **S.I.D.A. y Toxicomanías: un análisis jurídico-laboral y de seguridad social**, Madrid, Ibídem Ediciones, 1995, pág. 28.

(5) Vías de contagio: a) cuando la sangre de un individuo infectado entra en contacto suficiente con la sangre de otro individuo; b) de la madre seropositiva embarazada al futuro hijo; c) mediante relaciones sexuales de alto riesgo (coito anal o vaginal) o de bajo riesgo (contacto bucogenital) acentuándose el contagio si se mantienen relaciones con frecuente cambio de pareja o sujetos cuyo comportamiento implica mayor riesgo de infección: tóxicodependientes, homosexuales y bisexuales. En ROMERO RODENAS, M.J., op. cit., pág. 26.

(6) "Alrededor de 18,5 millones de personas han sido infectadas en todo el mundo. De éstas sólo 4,5 millones ha desarrollado la enfermedad, aunque sólo se han notificado 1.291.810 casos". "Cada veinte minutos una nueva persona se infecta en el mundo". "De seguir la progresión actual, en el año 2000 habrá entre 30 y 40 millones de infectados en todo el mundo. Una cifra terrible si se tiene en cuenta que el 50% de los infectados desarrolla la enfermedad antes de los cinco años y el 80% antes de los diez. De modo que aunque ahora se encontrara un modo eficaz para evitar nuevos contagios, lo peor de la epidemia estaría aún por llegar". "En los países de África subsahariana, una de cada 40 personas está infectada por el virus". Datos de la OMS recogidos en **El País Semanal**, 1.023-número extra 20 años, 5 de mayo de 1996, pág. 322.

(7) MANN, J. Dr. prólogo de la obra *Faire Face au S.I.D.A.*, sous la direction du Dr. Jean Martin, Lausanne, 1988, cit. por VIDAL MARTINEZ, J. "Derecho y S.I.D.A.: persona, responsabilidad y tutela", **Revista General del Derecho**, n.º 607, abril 1995, pág. 3602.

(8) SONTAG, S. **El S.I.D.A. y sus metáforas**, Muchnik Editores, Barcelona 1989. Cit. por Romero, pág. 25.



social, plaga del siglo XX, peste... El S.I.D.A., enfermedad asociada al sexo, la drogadicción y la muerte, ha sido considerada erróneamente, desde sus inicios, como una maldición o castigo: "un siniestro contrapunto a la opulencia de los años 80"; una plaga social que castiga a determinados colectivos sociales caracterizados por mantener conductas desviadas de la "normalidad social" (9).

Aparece con el S.I.D.A. una nueva forma de discriminación social: la de las personas marginadas por pertenecer a los denominados "grupos de riesgo" de esta enfermedad, principalmente los toxicómanos (10) y los homosexuales masculinos. Así, junto a la gravedad de la enfermedad por ser hoy por hoy mortal, se añade la gravedad que rodea al ser meramente portador del V.I.H.; el infectado posee una nueva "etiqueta social" despectiva y descalificadora y con ella su marginación o estigmatización social (11).

2. Tratamiento jurídico de la enfermedad del S.I.D.A.

Estas realidades requieren una respuesta y un adecuado tratamiento jurídico. Y así, "la reflexión

(9) ROMERO RODENAS, M.J., *op. cit.*, pág. 13.

(10) *El primer factor de riesgo para contraer la enfermedad en España es la toxicomanía. Como señala PEREZ OLIVAS, M., op. cit., pág. 318, "Ya en 1988 el S.I.D.A. desbancó a la sobredosis como primera causa de mortalidad entre toxicómanos. La elevada proporción de infectados entre los heroínómanos aconsejaba aplicar medidas eficaces de contención del riesgo. Pero las autoridades sanitarias se dieron cuenta demasiado tarde o no fueron capaces de vencer a tiempo los prejuicios. Y se perdieron unos años preciosos para la vida de muchos toxicómanos, de sus parejas y de las parejas de sus parejas".*

(11) *Cabría destacar en este sentido el papel discriminatorio y violador de los derechos de la persona que ha mantenido y mantienen numerosos grupos de presión respecto a la enfermedad del S.I.D.A.; entre ellos, la Iglesia Católica, que considera al S.I.D.A. como "enfermedad social" por "no afectar solamente al cuerpo, sino a toda la persona humana, como también a las relaciones interpersonales y a la vida social" (se excluyen de juicios condenatorios únicamente a las personas que adquieren la enfermedad a consecuencia de una transfusión de sangre o bien a los hijos de madres drogadictas infectadas). (Consejo Ecuménico de las Iglesias: Informe sobre el S.I.D.A. Iglesia, 16 de mayo de 1987, pág. 3). ROMERO RODENAS M.J., *op. cit.*, pág. 26.*

*En el mismo sentido, las palabras de HARO TECGLÉN, E.: "...los pensadores religiosos, especialmente los temibles monoteístas, consiguieron en un principio relegar la idea de contagio a los grupos de riesgo; es decir, a los homosexuales masculinos —el coito anal: pequeñas beridas, sangre y semen como humores de transmisión—, a los drogadictos por las inyecciones compartidas —no siempre por aborreo de jeringuillas sino por comunidad, fraternidad y/o hermandad de sangre— y a la promiscuidad. No era difícil para estos imaginativos del morbo reducir el S.I.D.A. a la anormalidad y dar el paso siguiente: el castigo divino reservado a pecadores muy especiales"... "sólo la abstinencia es natural y sana, y cualquier método de prevención es pecaminoso porque permite el sexo sin procreación, lo cual es el delito principal entre el hombre y la mujer" En "El S.I.D.A.: la contrarrevolución del mal", **El País Semanal**, 1023 número extra 20 años, 5 de mayo de 1996, pág. 312.*

jurídica se ha afirmado cada vez más en el convencimiento de que es preciso romper el círculo vicioso que imponen las prácticas discriminatorias respecto de los afectados por el S.I.D.A.; que el enemigo a vencer es el virus causante de la enfermedad y no la persona afectada; y que sólo respetando la dignidad y libertad de los seres humanos en cualesquiera condicionamientos será posible erradicar el S.I.D.A." (12).

Abordar el contagio del V.I.H. y la enfermedad del S.I.D.A. en el plano jurídico es cuestión de problemática resolución, principalmente por las tremendas incógnitas que plantea la enfermedad desde el punto de vista médico: se transmite con cierta dificultad a través de unas vías concretas (sangre y semen) pero no del todo aclaradas; el período de incubación de la enfermedad suele ser muy largo (7 u 8 años), aunque el virus puede experimentar mutaciones que inhiban el desarrollo de la enfermedad; en ausencia de una analítica específica y puntual, la existencia del V.I.H. puede ser ignorada tanto por la persona que lo transmite, como por la que lo recibe.

Ante la dificultad de regular jurídicamente tanta inconcreción clínico-médica y sus vertientes humana, sanitaria y social, los poderes públicos en el mundo —con la excepción de los de Japón y Argentina y, hasta cierto punto, el de EE.UU.— parecen haber optado por ir resolviendo las cuestiones jurídicas a medida que éstas se van produciendo, eludiendo promulgar una legislación específica, completa y sistemática que imponga concretos derechos y obligaciones y, a la par, sanciones (13).

Son numerosísimas las cuestiones jurídicas que se plantean en torno a la enfermedad del S.I.D.A. A partir de las conclusiones del Congreso Internacional sobre Derecho y S.I.D.A. (París, 24-26 de octubre de 1991), podríamos resumirlas en las siguientes: régimen jurídico del conocimiento científico del S.I.D.A., prevención, detección y tratamiento del mismo, libertad individual y coacción, vida del seropositivo y

(12) VIDAL MARTINEZ, J. y ALVENTOSA DEL RIO, J.: "La incidencia del síndrome...", *op. cit.*, pág. 11.966.

(13) *El tratamiento jurídico "completo" que debiera recibir la enfermedad del S.I.D.A., tendría, a mi juicio, que: en primer lugar, eludir establecer "discriminaciones positivas", superado doctrinalmente a raíz de la S.T.J.C.E. de 17 de octubre de 1995, "caso Kalanke versus Glissmann"; en segundo lugar, evitar caer en una defensa desmesurada del derecho a la intimidad por cuanto está en juego un interés jurídico superior que es la salud pública (en la actualidad no cabe realizar una analítica al objeto de detectar el contagio de V.I.H. si no se cuenta con el consentimiento expreso del enfermo). En todo caso no es tarde para remediar los errores iniciales y la "etiquetas sociales" establecidas. El S.I.D.A. debe ser tratado como una enfermedad y, por su gravedad, debieran establecerse unos controles periódicos para toda la población, así como una enseñanza y formación generalizadas y adecuadas, dirigidas hacia su prevención; de la misma forma que se ha llevado a cabo con el cáncer y aún con mayor justificación pues el S.I.D.A. es una enfermedad igualmente mortal, pero a su vez infecciosa y contagiosa.*



del enfermo de S.I.D.A. desde el punto de vista jurídico y aportación del Derecho en la lucha contra el síndrome. Sin embargo, en el debate originado a lo largo de las diferentes sesiones, las cuestiones que recabaron especial atención fueron las concernientes a la conveniencia o no de la promulgación de una legislación específica; obligatoriedad o no del test de detección del virus (14), V.I.H. y del tratamiento de la enfermedad y, por último, la cobertura que las entidades aseguradoras deben ofrecer a una persona afectada por el síndrome (15).

En España, la Constitución de 1978 proporciona un buen conjunto de normas y principios para tratar los problemas jurídicos que plantea el S.I.D.A.: entre ellos, el art. 10 (cualquier medida de salud pública debe cuidar que resulte salvaguardada la dignidad, la libertad y los derechos fundamentales de la persona); el art. 14 (prohibición de toda discriminación) —desarrollado por la Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982 de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar—; el art. 43 (derecho de la protección a la salud); y el art. 49 (política de atención especializada a los disminuidos físicos y psíquicos).

Junto al texto constitucional hay que mencionar la Ley General de Sanidad de 25 de abril de 1986 que establece, en su art. 3.2, que “el acceso y las prestaciones sanitarias se realizarán en condiciones de igualdad efectiva”; y los arts. 9 y 10.1 establecen que todos los “usuarios de los servicios del sistema sanitario público” tienen derecho “al respeto a su personalidad, dignidad humana e intimidad, sin que puedan ser discriminados por razones de raza, de tipo social, de sexo, moral, económico, ideológico, político o sindical”. En todo caso se impone a las Administraciones Públicas Sanitarias la obligación de orientar sus actuaciones “a la prevención de las enfermedades y no sólo a la curación de las mismas” (art. 6.3).

Entre los primeros pronunciamientos del Tribunal Supremo referentes a la enfermedad del S.I.D.A., caben mencionar: en primer lugar, la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.^a) de 18 de julio de 1988 (Ar. 5726) por la que se condenó a una empresa periodística de Palma de Mallorca al pago de una importante indemnización por haber suministrado datos que permitían identificar

(14) No existe en España, a nivel estatal, un tratamiento jurídico completo sobre la enfermedad del S.I.D.A., con la excepción de la obligatoriedad de realizar pruebas de detección en la obtención y trasplante de órganos humanos así como de semen para las técnicas de la llamada reproducción asistida. Sin embargo, sí son numerosas las respuestas normativas en las CC.AA. para atender finalidades concretas; entre ellas, la prueba obligatoria de detección del V.I.H. en las donaciones de sangre y en hemoderivados; seguridad e higiene en determinadas actividades laborales y coordinación y ayuda en los programas de prevención y seguimiento del S.I.D.A. Más información en VIDAL MARTINEZ Y ALVENTOSA DEL RIO, op. cit., pág. 11.974.

(15) VIDAL MARTINEZ Y ALVENTOSA DEL RIO, op. cit., pág. 11.967

a una persona concreta como afectado por el S.I.D.A. (16). Y, en segundo lugar, el T.S. (Sala 2.^a) en sentencia de 18 de noviembre de 1991 (Ar. 9448), estableció la responsabilidad penal y civil del Director de un centro médico de Cataluña, así como la del jefe del servicio de hematología, por haber resultado contaminados 2 pacientes al recibir una transfusión de sangre sin practicar previamente las pruebas de detección del virus del S.I.D.A. (17).

Esta materia —la transmisión del V.I.H. a través de transfusiones sanguíneas— ha dado lugar a numerosos pronunciamientos judiciales (18). Del estudio de las sentencias citadas podemos deducir lo siguiente: 1) que

(16) Esta sentencia fue objeto de Recurso de Amparo ante el Tribunal Constitucional invocándose, por los condenados en sentencia del T.S. (Sala 1.^a) de 18 de julio de 1988, el art. 20.1.a) de la C.E. (libertad de expresión). El citado recurso fue desestimado en S.T.C.O. 20/1992 de 14 de febrero (B.O.E. de 17 de marzo de 1992), al considerarse que “la identificación periodística, indirecta pero inequívoca, de una determinada persona, como afectada por el S.I.D.A. deparaba, un daño moral a quienes así se vieron señalados como afectados por una enfermedad cuyas causas y vías de propagación han generado y generan una alarma social con frecuencia acompañadas de reacciones, tan reprochables como desgraciadamente reales, de marginación para muchas de sus víctimas”. “Y también es notorio que la identificación de las personas así supuestamente afectadas por tal enfermedad, fue, en el sentido más propio de la palabra, irrelevante a efectos de la información que se quiso transmitir, pues sin ninguna duda hay en orden a la conveniencia de que la comunidad sea informada sobre el origen y la evolución de un determinado mal, no cabe decir lo mismo en cuanto a la individualización, directa o indirecta, de quienes lo padecen. Tal información no es ya de interés público” (Fundamento jurídico 3^o).

(17) “El reconocimiento de la sangre como vía de transmisión, determinó que en el ámbito médico se planteara la necesidad de estudiar medidas de aseguramiento en la práctica de transfusiones sanguíneas, tendentes a detectar en la sangre donada, anticuerpos del virus V.I.H.. Esa necesidad era asumida con carácter general por la clase médica en el ámbito del Estado Español desde principios del año 1985, sin embargo, lo novedoso de la enfermedad y del propio desconocimiento de su evolución, no permitía la existencia de unos criterios uniformes y comúnmente aceptados, respecto a las medidas a adoptar para la detección en la sangre donada de los anticuerpos del virus”. Sin embargo, como señala la S.T.S. (Sala 2.^a) de 18 de noviembre de 1991 (Ar. 9448) (hechos probados 6^o) el principal acusado, el Director Gerente del Hospital, “a pesar de que desde 1985 conocía la importancia del tema” eludió practicar las pruebas serológicas de diagnóstico para evitar la transmisión del V.I.H. que debían llevarse a cabo en virtud de la Orden de la Conselleria de Sanitat catalana de 10 de octubre de 1986 (publicada en el Diari Oficial de la Generalitat de 22 de octubre de 1986). “Se verificaron 6.226 donaciones y 2.284 transfusiones” con inobservancia de lo dispuesto en la Orden citada, “aun cuando...el acusado no pudiera prever las consecuencias que esas transfusiones, carentes de las oportunas pruebas de detección de anticuerpos antiviral V.I.H., pudieran producir en los pacientes”.

(18) Entre otras Vid. SS. de T.S.J. Asturias de 4 de febrero de 1994 (Ar. 507); T.S.J. Madrid de 24 de febrero de 1994 (Ar. 874); T.S.J. Cataluña de 30 de julio de 1994 (Ar. 3091); T.S.J. País Vasco de 11 de octubre de 1994 (Ar. 4065); T.S.J. Castilla-Léon/Burgos de 25 de octubre de 1994 (Ar.3754); T.S.J. Castilla-Léon/Valladolid de 9 de noviembre de 1994 (Ar. 4426) y T.S.J. Castilla-Léon/Valladolid de 7 de diciembre de 1994 (Ar. 4930).



las Administraciones Públicas Sanitarias no pueden exculparse de su responsabilidad en los casos de contagios del V.I.H. a raíz de transfusiones de sangre contaminada, aun cuando en ese momento no fuesen exigibles las pruebas de detección del virus; ya que, como señalan las S.S.T.S. (u.d.) 20 de abril y 6 de mayo de 1992, “el principio de responsabilidad objetiva (art. 106.2 C.E.) (19) ha de aplicarse como propio de la acción protectora de la Seguridad Social”. 2) Por lo tanto, “no es admisible como argumento exculpativo de responsabilidad que en aquel tiempo se desconocía la existencia del virus... pues el tratamiento prestado sólo exigía la transfusión de sangre, pero no la circunstancia de que ésta estuviera infectada, eventualidad que constituiría un caso fortuito, excluyente de culpa, pero no de la responsabilidad objetiva (20)”.

Una de las cuestiones que mayores problemas doctrinales ha planteado, ha sido determinar el orden jurisdiccional competente para conocer de las reclamaciones en los supuestos de contagio del V.I.H. Hasta la aprobación de la Ley del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1992 de 26 de noviembre), la línea jurisprudencial consolidada entendía que la jurisdicción competente era el orden social. Sin embargo, a partir de la entrada en vigor de la Ley del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre) y, principalmente, en virtud de la Disposición Adicional Primera del R.D. 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial, la jurisdicción competente para conocer de las pretensiones indemnizatorias por los daños producidos por o con ocasión de la asistencia sanitaria, parece ser la Contencioso-Administrativa. Sin embargo, “la atribución competencial al orden social, es anterior a la norma legal que desarrolla el R.D. 429/1993 y, además, una norma reglamentaria nunca puede alterar la clasificación competencial descrita tanto en la L.P.L.

como en la L.O.P.J. (21)”. Por lo tanto, a pesar de que el R.D. citado atribuye competencia sobre esta materia al juez administrativo, debería mantenerse la competencia de la jurisdicción social para conocer de las cuestiones que se susciten en torno a las reclamaciones, frente a las Administraciones Públicas Sanitarias, por el contagio del V.I.H. (22).

Por último, señalar que es con posterioridad al año 85 cuando pueden suscitarse problemas en torno a la culpabilidad de las Administraciones Públicas Sanitarias por los casos de contagio de V.I.H.; ya que con anterioridad a dicho año no se exigía legalmente ningún tipo de control o prueba. A partir de la Resolución de 6 de septiembre de 1985 (B.O.E. 10 de septiembre de 1985) se establece la obligación de llevar a cabo la prueba de anticuerpos N.T.I. C.A.U.-H.T.L.V. III en las unidades de plasma destinadas a hemoderivados, por las industrias fraccionadoras de plasma y los fabricantes e importadores de hemoderivados. En el mismo sentido, el Decreto 1945/1985, de 9 de octubre, por el que se regula la hemodonación y los Bancos de Sangre y la Orden que lo desarrolla, establecieron un sistema de cuestionario para determinar si los donantes se hallaban en grupos de riesgo de S.I.D.A. Por último, en la Orden de 20 de febrero de 1987, se establece la obligatoriedad de las pruebas de detección anti V.I.H. en las donaciones.

En todo caso no hay que olvidar, aunque pueda resultar incomprensible, que, hasta la fecha, el S.I.D.A. en España es una enfermedad de declaración voluntaria; excepto en determinadas Comunidades Autónomas (23). Es decir, que aunque el personal médico conozca de la existencia de determinados pacientes afectados por V.I.H. no pueden hacerlo público, en virtud de su deber de guardar secreto profesional (24); deber que únicamente podría ser violado en los siguientes supuestos: ante los Tribunales de Justicia; ante el Colegio de Médicos en situaciones disciplinarias; en caso de peligro para la salud pública —caso de enfermedades de declaración obligatoria—;

(19) Art. 106.2 C.E.: “Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”.

(20) El art. 139.1 de la Ley establece que “Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes o derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos”. La transfusión de sangre contaminada conlleva la existencia de un “caso fortuito que no excluye la responsabilidad objetiva, que sólo queda descartada por la fuerza mayor” [Vid. S.T.S. (Sala 4.ª) de 5 de junio de 1991 (Ar. 5131); S.T.S. (Sala 3.ª) de 15 de julio de 1991 (Ar. 6167) y las S.S.T.S.J. citadas en el pie de página nº 22)].

(21) ROMERO RODENAS, *op. cit.*, pág. 78.

(22) El hecho de atribuir la competencia a la jurisdicción social tiene importantes ventajas procesales: en primer lugar, el plazo de prescripción: que será de 5 años en virtud del art. 43.1 del T.R.L.G.S.S. y de 1 año en virtud del art. 40.3 de la L.R.J.A.E.; en segundo lugar, la oralidad frente a la documentación y escritura del procedimiento administrativo; por último, la celeridad del procedimiento laboral. ROMERO RODENAS, *op. cit.*, pág. 80.

(23) Aragón (D. 86/1987, de 17 de julio); Cataluña (O. 16 de diciembre de 1988); Madrid (D. 21 de abril de 1988); Islas Baleares (D. 7 de julio 1988); Galicia (O. 7 de noviembre de 1989); Murcia (O. 28 de noviembre 1989). Cit. por ROMERO RODENAS, *op. cit.*, pág. 30.

(24) Vid. Capítulo IV referente al secreto profesional del médico en Código Deontológico de Médicos, editado por el Consejo General de los Colegios Oficiales de Médicos de 10 de abril de 1990.



y, por último, cuando su silencio pudiera originar un peligro colectivo.

3. La enfermedad del S.I.D.A. en el marco legal

En el plano jurídico-laboral contractual y en cuanto a la seropositividad y la enfermedad del S.I.D.A., nos encontramos también con una interesante problemática, destacando principalmente los siguientes aspectos: la colocación e ingreso al trabajo de personas seropositivas, la salvaguarda de sus derechos a la intimidad y a la vida privada durante la relación de trabajo y, por último, la extinción de su relación laboral.

En cuanto al primer aspecto apuntado, el ingreso en la empresa, resaltar brevemente que la práctica del test V.I.H. a los candidatos a un empleo, sino revela la aptitud profesional del aspirante al trabajo, de realizarse, vulneraría su derecho constitucional a la intimidad (25). Es éste uno de los problemas capitales: conciliar el derecho a la intimidad de toda persona y, por tanto, de todo trabajador, con las medidas sanitarias preventivas y con la protección de la salud en la empresa. Todo ello, a su vez, evitando que se produzca cualquier tipo de discriminación hacia la persona contagiada por V.I.H. [arts. 4.2.e) y 17 del T.R.E.T.]. En este sentido, ¿cuál es el alcance del deber de guardar secreto o mantener en el ámbito confidencial la información o datos averiguados sobre el estado de salud de un trabajador? (26).

Parece que, en todo caso, sería de aplicación el art. 7.4 de la Ley Orgánica 1/1982 de 5 de mayo: "la revelación de datos privados de una persona conocidos a través de su actividad profesional u oficial de quien los revela" se considera como intromisión ilegítima en el ámbito de la protección civil del honor, de la intimidad y de la propia imagen. En un sentido similar se pronuncia la S.T.S. (Sala 3.^a) de 2 de julio de 1991 (Ar. 6219), al considerar que se vulnera el deber de secreto médico al revelar datos clínicos que el personal médico de la empresa poseía, sin el consentimiento del trabajador afectado. En cuanto a la extinción de la relación laboral de trabajadores afectados por V.I.H., habría señalar que ésta se puede plantear a partir de la ineptitud del trabajador (sobrevvenida, no culpable y que dé lugar a una prestación laboral insuficiente y/o defectuosa) a tenor de lo dispuesto en el art. 52.a) del T.R.E.T. que regula el despido por causas objetivas. En este supuesto, el despido del trabajador se hará

efectivo tras la observancia de los requisitos establecidos en el art. 53 del T.R.E.T., teniendo derecho a percibir una indemnización de veinte días de salario por año de servicio con un máximo de doce mensualidades.

Por último, el trabajador afectado por la enfermedad del S.I.D.A. podría solicitar al I.N.S.S. (27) su declaración de invalidez en cualquiera de sus grados [invalidez parcial, permanente total o absoluta y gran invalidez (28)]. A tenor del art. 49.1.e) del T.R.E.T., en caso de ser declarado en situación de invalidez permanente total, absoluta o gran invalidez, se producirá la extinción de su contrato de trabajo. En este sentido, no hay que olvidar que no obsta a la calificación de invalidez permanente la posibilidad de una recuperación y posible reincorporación al trabajo, en la misma o distinta empresa (en todo caso, la retribución es compatible con la percepción de una pensión por incapacidad permanente total para la profesión habitual en atención al art. 141.1 del T.R.L.G.S.S.; y compatible a su vez con las pensiones vitalicias por incapacidad permanente absoluta y gran invalidez a tenor de lo dispuesto en el apartado segundo del citado artículo del T.R.L.G.S.S.).

Cuestión distinta será determinar si el trabajador tiene derecho a dichas prestaciones; cuestión ésta cuya resolución requiere abordar el alcance de la acción protectora de la Seguridad Social española. En este sentido, se hará una breve referencia, en primer lugar, a la protección asistencial o no contributiva para los enfermos de S.I.D.A. En segundo lugar, en mayor profundidad por su trascendencia, se abordará el tratamiento jurídico que reciben el contagio por V.I.H. y la enfermedad del S.I.D.A. en cuanto a su configuración como contingencias profesionales (accidente

(27) El art. 143 del T.R.L.G.S.S. atribuye al I.N.S.S. la competencia para declarar la situación de invalidez, permanente a los efectos del devengo de la prestación económica correspondiente. El R.D. 1300/1995, de 21 de julio, regula el procedimiento para llevar a cabo dicha calificación, que se producirá en la fecha de la resolución del Director Provincial del I.N.S.S. (sin perjuicio de que los efectos económicos se retrotraigan al momento en que se haya agotado la prestación por Incapacidad Temporal, en los supuestos contemplados en el art. 131 bis 3 del T.R.L.G.S.S.).

(28) Como establece el art. 137 del T.R.L.G.S.S.: "Se entenderá por incapacidad permanente parcial para la profesión habitual la que, sin alcanzar el grado de total, ocasione al trabajador una disminución no inferior al 33% en su rendimiento normal para dicha profesión, sin impedirle la realización de las tareas fundamentales de la misma. Se entenderá por incapacidad permanente total para la profesión habitual, la que inhabilite al trabajador para la realización de todas o de las fundamentales tareas de dicha profesión, siempre que pueda dedicarse a otra distinta. Se entenderá por incapacidad permanente absoluta para todo trabajo la que inhabilite por completo al trabajador para toda profesión u oficio. Se entenderá por gran invalidez, la situación del trabajador afecto de incapacidad permanente y que, por consecuencia de pérdidas anatómicas o funcionales, necesite la asistencia de otra persona para los actos más esenciales de la vida".

(25) Vid. ROMERO RODENAS, op. cit., págs. 166-70.

(26) Sobre esta cuestión Vid.: GOÑI SEIN, J. L., **El respeto a la esfera privada del trabajador**. Madrid, Ed. Civitas, 1988. DE SOLA, C., "Privacidad y datos genéticos. Situaciones de conflicto (I)". **Revista de Derecho y Genoma Humano**, n.º 1, julio-diciembre 1994, págs. 179-190. Y ROMERO RODENAS, op. cit., capítulo IV, págs. 147-197.



de trabajo y enfermedad profesional) o, en su caso, comunes (accidente no laboral y enfermedad común).

II. LA PROBLEMÁTICA DEL S.I.D.A. EN LA ACCIÓN PROTECTORA DE LA SEGURIDAD SOCIAL

1. Breve referencia a la protección asistencial

La normativa española de Seguridad Social, a partir de la interpretación del art. 41 de la C.E. (29), ha venido a desarrollar tres niveles de protección social: 1) nivel contributivo; 2) nivel asistencial; y 3) nivel complementario.

En materia de protección asistencial, se requiere señalar la importancia de la Resolución de 5 de octubre de 1992, de la Dirección General del Inss (30), por la que se establecen instrucciones provisionales de valoración de la enfermedad.

Esta Resolución se encarga de recoger la importante distinción entre ser portador del V.I.H. frente a ser enfermo de S.I.D.A. y señala las consecuencias principales de esta distinción a efectos de la prestación de asistencia sanitaria. Por una parte, las personas seropositivas asintomáticas son beneficiarias de medidas sanitarias al objeto de evitar la eclosión de la enfermedad con la aparición de enfermedades oportunistas. En este sentido, como establecen el R.D. 1088/1989, de 8 de septiembre (por el que se extiende la cobertura de la asistencia sanitaria de la seguridad social a las personas sin recursos económicos suficientes) (B.O.E. de 9 de septiembre de 1989) y la OM de 13 de noviembre de 1989, para ser beneficiario de la prestación de asistencia sanitaria de nivel no contributivo se requiere: 1) tener nacionalidad española o acreditada residencia en territorio español; 2) carecer de rentas de cualquier naturaleza en cómputo anual que sean superiores al S.M.I. (31); 3) no tener derecho a la asistencia sanitaria por cualquier régimen de la Seguridad Social.

Por otra parte, la citada Resolución de 5 de octubre de 1992, define a los enfermos de S.I.D.A. como "aquellos afectados cuyas mediatizaciones clínicas

(29) Art. 41 C.E.: "Los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en los casos de desempleo. La asistencia y prestaciones complementarias serán libres".

(30) Nota Circular del Ministerio de Asuntos Sociales, nº 8/II/92, de 9 de octubre de 1992.

(31) A tenor del art. 1 se reconoce también este derecho aunque se supere dicho límite si el cociente entre las rentas anuales y el número de menores o incapacitados a su cargo fuera igual o menor a la mitad del salario mínimo interprofesional.

respecto a la capacidad psicofísica y connotaciones de cronicidad y/o irreversibilidad le condicionarían, previsiblemente, una incapacidad genérica de trabajo". Este pronóstico se considera incompatible con una expectativa de trabajo, siendo objeto de protección, en su modalidad no-contributiva, a través de prestaciones económicas [se valorará el 65% de su minusvalía, de acuerdo con las exigencias del art. 144.1 c) del T.R.L.G.S.S. (32)].

Por último, señalar que a partir de la aprobación del R.D. 83/1993, de 22 de enero (B.O.E. de 19 de febrero de 1993), por el que se regula la selección de los medicamentos a efectos de su financiación pública, y de la Orden de 6 de abril de 1993 (B.O.E. de 13 de abril de 1993), que desarrolla el citado R.D., se considera al enfermo de S.I.D.A. como enfermo crónico en cuanto a su derecho a obtener prestaciones farmacéuticas. A pesar de que no se dispensa de forma gratuita, sí se abona el 10% del precio real del fármaco (33), como corresponde a la lista de aportación reducida para enfermedades crónicas, según se establece en el art. 5 del R.D. 83/1993 citado.

2. La protección contributiva y la enfermedad del S.I.D.A.

La acción protectora de la Seguridad Social comprende el conjunto de prestaciones que el sistema de Seguridad Social dispensa a quienes se encuentran incluidos en su campo de aplicación (34). En todo sistema de Seguridad Social se establecen en mayor o menor medida y en atención a una determinada política estatal, qué necesidades sociales se protegen y su grado de protección.

En nuestro sistema de Seguridad Social, la determinación de las necesidades que merecen protección se ha delimitado a través del concepto de "contingencia protegida", en el sentido de que la protección de los trabajadores se va a producir con independencia de los hechos o acontecimientos que provoquen una situación de necesidad. Es decir, la delimitación de los estados de necesidad cubiertos se

(32) A tenor de lo dispuesto en el art. 144 del T.R.L.G.S.S. "accederán, por la vía de la invalidez, en su modalidad no contributiva, las personas que cumplan los siguientes requisitos: a) ser mayor de dieciocho y menor de sesenta y cinco años de edad; b) residir legalmente en territorio español y haberlo hecho durante cinco años, de los cuales dos deberán ser inmediatamente anteriores a la fecha de la solicitud de la pensión; c) estar afectados por una minusvalía o enfermedad crónica, en un grado igual o superior al sesenta y cinco por ciento; d) carecer de rentas o ingresos suficientes" (según criterios recogidos en el propio articulado del T.R.L.G.S.S.).

(33) Los enfermos de S.I.D.A. hospitalizados tienen a su disposición A.Z.T. y D.D.I. sin ningún coste económico.

(34) GARCIA ORTEGA, J.: V-Prestaciones: Contingencias protegidas, *Enciclopedia de Seguridad Social*, Ed. CISS SOCIAL, marzo 1996, pág. 191.

est
(35)
(36)
Soc.
T.R.
cipu
T.R..
com
T.R..
T.R..
203
(37)



lleva a cabo, con independencia del hecho que las haya producido, a través de la delimitación de las contingencias protegidas: si esa situación de necesidad se puede encuadrar en el ámbito de una contingencia protegida y si se cumplen determinados requisitos de afiliación, alta y cotización, se dispensará una determinada protección para hacer frente a aquellos estados o situaciones de necesidad.

Así pues, a pesar de que en nuestro sistema de Seguridad Social, las necesidades que no tengan su origen en una contingencia protegida y definida en la ley, no resultan protegidas (35), se ha llevado a cabo una importante labor jurisprudencial al objeto de aumentar el campo de protección de la seguridad social mediante la ampliación de los supuestos que pueden incluirse en el campo de protección de las mencionadas contingencias. En todo caso, no hay que olvidar que las actuales contingencias (36) y situaciones protegidas y con la intensidad en que lo están, no constituyen un límite infranqueable para el poder establecido (37); por lo tanto, nunca es tarde para revisar las contingencias protegidas y, menos aún, para redefinir los criterios que operan en la determinación de los hechos causantes objeto de su configuración; y, por tanto, merecedores de un determinado nivel de protección.

En todo caso, el nivel de protección se determina en función del origen o causa del hecho causante: si, como veremos, el origen o causa es profesional, la intensidad de la protección será mayor (las prestaciones se aproximan más a los salarios dejados de percibir) y los requisitos para causar derecho a la misma, serán menos estrictos.

Pasamos ahora a analizar el tratamiento jurídico que reciben el contagio de V.I.H. y la enfermedad del S.I.D.A. en el sistema de protección contributiva de la Seguridad Social española. Es decir, vamos a indagar sobre los supuestos que provocan que, para los Tribunales españoles, estos hechos, por su origen o causa, sean susceptibles de ser calificados como derivados de una contingencia profesional o, por el contrario, común.

En la materia que nos ocupa, la importancia de esta distinción radica principalmente en la protección

(35) GARCIA ORTEGA, J., *op. cit.*, pág. 191.

(36) Las contingencias protegidas en el sistema español de Seguridad Social son, a tenor de lo dispuesto en los artículos 114 y ss. del T.R.L.G.S.S. y atendiendo a su origen: en primer lugar y principalmente, profesionales (accidente de trabajo —art. 115 T.R.L.G.S.S.— y enfermedad profesional —art. 116 T.R.L.G.S.S.—) y comunes (accidente no laboral y enfermedad común —art. 117 T.R.L.G.S.S.—). En segundo lugar, la maternidad (art. 133 bis T.R.L.G.S.S.), la jubilación (art. 160 T.R.L.G.S.S.), el desempleo (art. 203 T.R.L.G.S.S.) y las cargas familiares.

(37) GARCIA ORTEGA, J., *op. cit.*, pág. 191.

ofrecida frente a los estados de necesidad originados por el padecimiento y por el desenlace final de la enfermedad del S.I.D.A. A nuestro pesar, se tratan, en términos generales, de estados de necesidad que conllevan importantes repercusiones económicas para los allegados; estados de necesidad provocados principalmente por la declaración de incapacidad temporal o de invalidez permanente de los trabajadores afectados, en cualquiera de sus grados, o por sus fallecimientos.

En este sentido, tanto si el fallecimiento, la invalidez permanente o la incapacidad temporal derivan de accidente, sea o no laboral, y de enfermedad profesional, no será exigido ningún período previo de cotización para causar derecho a las prestaciones correspondientes, como establece el art. 124.4 del T.R.L.G.S.S. con carácter general para todas las prestaciones. Por el contrario, si dichas situaciones protegidas derivan de enfermedad común, se exigen determinados períodos previos de cotización (38).

2.1. Las contingencias profesionales

2.1.1. El accidente de trabajo

El accidente de trabajo comprende “toda lesión corporal que el trabajador sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena” (art. 115.1 T.R.L.G.S.S.); concepto que se transcribe sin modificación alguna del art. 1 de la Ley de Accidentes de Trabajo de 1900. Los elementos que caracterizan al accidente de trabajo son tres: 1 —*lesión corporal*, 2— *trabajo por cuenta ajena*, y 3— *conexión trabajo-lesión* (relación de causalidad entre la lesión y el trabajo).

Por *lesión corporal* se entiende todo “daño sufrido por el cuerpo del accidentado” (39); concepto éste interpretado por la jurisprudencia en una importante sentencia del T.S. (sala 4ª) de 25 de enero de 1991 (Ar.

(38) A tenor del art. 130.a) del T.R.L.G.S.S. y para la incapacidad temporal, un período de cotización de 180 días dentro de los 5 años anteriores al hecho causante. Para ser beneficiario de una pensión de invalidez, dependerá de la edad del causante y del grado de la invalidez, en virtud de lo dispuesto en el art. 138.2 T.R.L.G.S.S. (en todo caso un período de carencia genérica de 5 años. El período de carencia específica ha sido atemperado por distintas resoluciones del I.N.S.S. (Vid. BLASCO LA HOZ, J.F.; LOPEZ GANDIA, J. y MOMPALER CARRASCO, M.A.: “Curso de Seguridad Social,” *op. cit.*, pág. 299). En cuanto a la prestaciones por muerte y supervivencia, deberán reunir un período de carencia de 500 días, cotizados dentro de 5 años inmediatamente anteriores al hecho causante.

(39) ALARCON CARACUEL, M.R. y GONZALEZ ORTEGA, S., *Compendio de Seguridad Social*, Ed. Tecnos (Madrid) 4ª, 1991, pág. 122 “la jurisprudencia incluye la enfermedad en el concepto de accidente, considerando que la enfermedad contraída en el ejercicio de una profesión determinada y que sea consecuencia de ese mismo ejercicio, es un accidente de trabajo”.



411) (40). Nuestro ordenamiento se decanta por incluir en el concepto de accidente de trabajo, tanto los hechos súbitos o violentos como los de actuación lenta y progresiva que, además, han de ser interpretados "con criterio amplio y flexible". S.T.S. (Sala 4.ª) de 12 de junio de 1989 (Ar. 4568) (41). De tal forma que tienen la consideración de accidente de trabajo todas las enfermedades que se conceptualizan en los apartados e), f) y g) del art. 115 del T.R.L.G.S.S. (42). Por su parte, el adjetivo corporal incluye no sólo heridas, golpes o enfermedades, sino también lesiones psicosomáticas del trabajador (43).

Además, en cuanto a las lesiones, hay que señalar que "es el hecho inicial o desencadenante de las lesiones y no el resultado fisiológico de un proceso patológico, el que deba tomarse en consideración a la hora de su calificación como accidente de trabajo, accidente no laboral o enfermedad común (44)".

En cuanto a *trabajo por cuenta ajena*, hay que acudir a la noción recogida en el art. 1 del T.R.E.T., sin perjuicio de la extensión de la protección por esta causa a supuestos en los que el trabajador no está

ejerciendo funciones propiamente laborales (45). Por último, el tercer elemento que configura el accidente de trabajo consiste en la existencia de una *conexión entre el trabajo y la lesión corporal*. La relación de causalidad que se requiere significa que la lesión producida lo es por consecuencia (causalidad directa) o con ocasión (causalidad indirecta) del trabajo por cuenta ajena. Y así, la causalidad directa responde a la "idea del accidente más común o típico, donde las consecuencias corporales dañosas son sufridas por la acción directa del golpe, caída, quemadura, etc. durante la ejecución del trabajo". Mientras que en la causalidad indirecta, las lesiones no han sido causadas directamente por el trabajo pero éste ha dado la ocasión; "de forma que, de no existir la obligación laboral, tampoco se hubiera producido la lesión (46)".

La doctrina y los tribunales han interpretado con criterio amplio y extensivo el concepto de accidente de trabajo, cualesquiera que fuese la causa de la lesión siempre que guarde una relación con el trabajo (47). Es decir, no sólo el acto de trabajo en sentido estricto sino también todo acaecimiento que tenga alguna conexión con el trabajo será considerado como accidente de trabajo en virtud de lo dispuesto en los apartados b), c) y d) del art. 115 del T.R.L.G.S.S.

A tenor de lo anteriormente expuesto, cabe subsumir determinadas lesiones producidas por el contagio del V.I.H. en el concepto de accidente de trabajo. A efectos de una mayor comprensión la exposición se presenta en atención al siguiente esquema:

A. El contagio de V.I.H. como lesión corporal constitutiva de accidente de trabajo para el personal médico y sanitario (este supuesto, como

(40) En cuyo fundamento jurídico tercero establece que "el accidente de trabajo y la enfermedad profesional constituyen una entidad diferenciada. Son lo mismo porque tanto una como otra son lesiones o detrimentos corporales que el trabajador sufre por razón de su trabajo, y por ello el concepto legal de accidente de trabajo incluye también aquellas enfermedades profesionales que no están incluidas en el art. 84 apartado e). Este detrimento corporal por razón del trabajo está diferenciado conceptualmente porque el accidente produce la lesión súbitamente y la enfermedad profesional ocasiona el detrimento corporal a través de un proceso patológico. Esta diferenciación, estrictamente conceptual, no coincide con la legal, pues como se ha dicho, el accidente definido en el art. 84, comprende en su apartado e) determinadas enfermedades que vienen atribuidas a concretas actividades laborales que han sido objeto de un listado previo; listado que puede ser ampliado y que actualmente está constituido por el que figura en el R.D. 1995/1978, de 12 de mayo. El concepto, pues, que de la enfermedad profesional da el art. 85 de la L.G.S.S. (Hoy art. 115 del T.R.L.G.S.S.) "no desvincula a ésta del accidente de trabajo, simplemente da una presunción a favor de su existencia cuando la enfermedad está catalogada y se contrae en una de las actividades previstas como causantes del riesgo".

(41) GARCIA ORTEGA, J., *op. cit.*, pág. 193.

(42) Art. 115.e): "Las enfermedades no incluidas en el artículo siguiente que contraiga el trabajador con motivo de la realización de su trabajo, siempre que se pruebe que la enfermedad tuvo por causa exclusiva la ejecución del mismo"; Art. 115.f): "Las enfermedades o defectos padecidos con anterioridad por el trabajador que se agraven como consecuencia de la lesión constitutiva del accidente"; art. 115.g): "Las consecuencias del accidente que resulten modificadas en su naturaleza, duración, gravedad o terminación, por enfermedades intercurrentes, que constituyan complicaciones derivadas del proceso patológico determinado por el accidente mismo o tengan su origen en afecciones adquiridas en el nuevo medio en que se haya situado el paciente para su curación".

(43) ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J.L., *Instituciones de Seguridad Social*, Madrid, Ed. Civitas, 14ª edición, 1995, pág. 53.

(44) GARCIA ORTEGA, J., *op. cit.*, pág. 240.

(45) Son los supuestos regulados en el art. 115.2.b) del T.R.L.G.S.S.: "Los que sufra el trabajador con ocasión o como consecuencia del desempeño de cargos electivos de carácter sindical o de gobierno de las Entidades gestoras, así como los ocurridos al ir o volver del lugar en que se ejerciten las funciones propias de dichos cargos". Art. 115.2.c): "Los ocurridos con ocasión o por consecuencia de las tareas que, aun siendo distintas a las de su categoría profesional, ejecute el trabajador en cumplimiento de las órdenes del empresario o espontáneamente en interés del buen funcionamiento de la empresa". Art. 115.2.d): "Los acaecidos en actos de salvamento y en otros de naturaleza análoga, cuando unos y otros tengan conexión con el trabajo".

(46) GARCIA ORTEGA, J., *op. cit.*, pág. 200.

(47) También constituye accidente de trabajo el establecido en el art. 115.3 del T.R.L.G.S.S.: "son constitutivas de accidente de trabajo las lesiones que sufra el trabajador durante el trabajo y en el lugar de trabajo". En este sentido vid. S.T.S.J. de Madrid de 14 de enero de 1994 (Ar. 387) que considera accidente de trabajo a una enfermedad infecciosa, que posteriormente le causó la muerte, por haber ocurrido durante el tiempo y lugar de trabajo y sin que hubiera podido demostrar que la actividad laboral no ha tenido incidencia en la enfermedad infecciosa. En ALARCON CARACUEL, M.R. y GONZALEZ ORTEGA, S., *op. cit.*, pág. 123.



veremos en el apartado siguiente, podría considerarse incluido en el concepto de enfermedad profesional; o también, argumento esgrimido en el apartado mencionado, en el concepto de elaboración doctrinal, "enfermedad del trabajo").

No cabe duda de que el personal médico y sanitario constituyen el colectivo profesional más afectado a la hora de contraer el V.I.H., ya que se encuentran frecuentemente ante situaciones susceptibles de provocar el contagio (sangre, fluidos, agujas, analíticas, etc). Sin embargo, hay que señalar, que el riesgo de infección para este personal es bajo: de un 3 por mil (sirva este dato para tener en cuenta que el riesgo de contagio para personal no sanitario sería en su caso mucho menor). Existen 30 casos (48) declarados en el mundo de personal seropositivo sanitario (49).

Sin embargo, el S.I.D.A., a diferencia de la hepatitis B, no está considerada como enfermedad profesional de este colectivo, presumiblemente porque no se trata de una enfermedad propia de este colectivo: podría contraer el virus cualquier colectivo profesional que estuviera en contacto con alguna de las vías de contagio (barberos, personal de peluquerías, etc.). Asimismo, aunque se podría afirmar que es el trabajo (en este caso el del personal médico y sanitario) el agente patógeno, el contagio de V.I.H. por dicho personal no generaría en sí mismo, una incompatibilidad entre el contagio del virus y el ambiente de trabajo. Factores éstos que han configurado el concepto de enfermedad profesional.

Así, en tanto no se produzca su inclusión en el listado de enfermedades profesionales, el contagio por V.I.H. del personal médico y sanitario en el ejercicio de su trabajo tendrá la consideración de accidente de trabajo. En este sentido, lo dispuesto art. 115.2.e) del T.R.L.G.S.S.: "tendrán la consideración de accidentes de trabajo: las enfermedades, no incluidas en el artículo siguiente —enfermedades profesionales—, que contraiga el trabajador con motivo de la realización de su trabajo, siempre que se pruebe que la enfermedad tuvo por causa exclusiva la ejecución del mismo". No plantearía ningún problema de prueba si el contagio se produce mediante la manipulación de la sangre contaminada o sus derivados (analíticas, curas, operaciones, trasplantes, etc.).

(48) En Valencia existe un caso —ahora probablemente en la Audiencia Provincial— de seroconversión en una estudiante de enfermería que se pinchó accidentalmente al encajuchar una aguja contaminada de V.I.H. y contrajo el virus. El fiscal del Juzgado nº 11 reclamó 100 millones de ptas. para la estudiante de enfermería.

(49) *Diario Médico* de 1 de septiembre de 1992. Cit. por ROMERO RODENAS, op. cit., pág. 97.

Por otra parte, y como no sería necesario probar la relación de causalidad lesión-trabajo a la que alude el art. 115.1, este supuesto sería reconducible también al citado artículo del T.R.L.G.S.S. Ello si entendemos que el contagio de V.I.H. podría considerarse como lesión corporal en sentido amplio; es decir, como un hecho súbito o violento; por ejemplo, un pinchazo de jeringuilla con sangre infectada.

Estos supuestos podrían dar lugar a una serie de cuestiones: ¿se comprobó si eran portadores antes del presunto contagio? En Estados Unidos se ha desatado recientemente la polémica en torno a si los pacientes podrían exigir una certificación sobre el estado de salud de los médicos y/o personal sanitario que les atienden. En nuestro país, tal y como hemos puesto de manifiesto en la introducción, averiguar si el profesional médico es portador del V.I.H., atentaría contra su derecho a la intimidad.

Por último, algunos autores (50) se decantan por incluir el supuesto del contagio de V.I.H. por personal médico y sanitario en el ejercicio de su trabajo, en lo dispuesto en el art. 115.2.g) del T.R.L.G.S.S. (51). A mi juicio ello sería altamente dudoso por cuanto, como hemos señalado anteriormente, "es el hecho inicial o desencadenante de las lesiones y no el resultado fisiológico de un proceso patológico, el que deba tomarse en consideración a la hora de su calificación como accidente de trabajo.". Por tanto, el hecho desencadenante es el contagio por V.I.H., en sí mismo, sin necesidad de recurrir a las posibles enfermedades intercurrentes derivadas de la enfermedad del S.I.D.A., a efectos de determinar su inclusión en el concepto de accidente de trabajo.

B. El contagio de V.I.H. como lesión constitutiva de accidente de trabajo para cualquier trabajador.

Nos encontramos en este supuesto con algunos de los problemas arriba apuntados: ¿cómo determinar el momento del contagio?, ¿cómo saber si el trabajador que alega haber contraído el V.I.H. de un compañero de trabajo no era con anterioridad al presunto contagio, portador?

Para poder considerar el contagio de V.I.H. como constitutivo de accidente de trabajo se requiere la concurrencia de 3 aspectos: 1. ausencia de factores de riesgo; 2. ausencia de anticuerpos en el suero del

(50) ROMERO RODENAS, M.J., op. cit., pág. 100.

(51) Art. 115.2.g) T.R.L.G.S.S.: "Tendrán la consideración de accidente de trabajo: Las consecuencias del accidente que resulten modificadas en su naturaleza, duración, gravedad o terminación, por enfermedades intercurrentes, que constituyan complicaciones derivadas del proceso patológico determinado por el accidente mismo o tengan su origen en afecciones adquiridas en el nuevo medio en que se haya situado el paciente para su curación".



accidentado poco después de la lesión; y 3. desarrollo posterior de anticuerpos sin que existan “factores de riesgo” en ese período (52). Todos estos aspectos son imposibles de comprobar en la actualidad por las características propias de esta enfermedad mencionadas en la introducción. (La única manera sería llevando un dispositivo que midiera el estado de “seropositividad” de una persona con la misma facilidad, eficacia y rapidez, con las que un termómetro puede medir la fiebre!).

Sin embargo, cabe mencionar un supuesto quizás reconducible a la contingencia protegida ahora analizada: un trabajador sufre un accidente de trabajo y es ingresado en el hospital. Para atender a la gravedad de sus lesiones recibe una transfusión de sangre contaminada. Aquí sí encajaría el supuesto del art. 115.2.g) (53). El contagio del V.I.H. y posterior desarrollo del S.I.D.A. es claramente una “consecuencia del accidente” y una “complicación” que “tiene su origen en afecciones adquiridas en el nuevo medio en el que se ha situado al paciente para su curación”.

Por último, podría asimismo considerarse constitutivo de accidente de trabajo, el contagio del V.I.H. por un trabajador a raíz del “pinchazo” doloso de otro compañero de trabajo (o del empresario); siempre que el hecho desencadenante ocurra en el lugar y tiempo de trabajo. En este sentido el art. 115.5.b) T.R.L.G.S.S.: “No impedirán la calificación de un accidente como de trabajo la concurrencia de culpabilidad civil o criminal del empresario, de un compañero de trabajo del accidentado o de un tercero, salvo que no guarde relación alguna con el trabajo”. En este sentido (54), el citado ejecutor del pinchazo incurriría en un delito de lesiones (55), a tenor de lo

(52) CATALAYUD SARTHOUM, A. y CORTES VIZCAINO, C., *Lecciones de salud laboral*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 1993, pág. 231.

(53) Art. 115.2.g) T.R.L.G.S.S.: “Tendrán la consideración de accidente de trabajo: Las consecuencias del accidente que resulten modificadas en su naturaleza, duración, gravedad o terminación, por enfermedades intercurrentes, que constituyan complicaciones derivadas del proceso patológico determinado por el accidente mismo o tengan su origen en afecciones adquiridas en el nuevo medio en que se haya situado el paciente para su curación”.

(54) VIDAL MARTINEZ, J., *Derecho y S.I.D.A.: persona... op. cit.*, pág. 3608. Más información sobre Derecho Penal y S.I.D.A. en BOIX REIG, VIVES ANTON y otros, *Derecho Penal parte especial*, Valencia, 1993, págs 387 y ss.

(55) A tenor del art. 348 bis del Código Penal de 1971, el ejecutor incurriría en un delito de propagación de enfermedad transmisible: “El que maliciosamente propagase una enfermedad transmisible a las personas será castigado con la pena de prisión menor. No obstante, los tribunales, teniendo en cuenta el grado de perversidad del delincuente, la finalidad perseguida o el peligro que la enfermedad entrañare, podrán imponer la pena superior inmediata, sin perjuicio de castigar el hecho como corresponda si constituye

dispuesto en los arts. 147 a 156 del Código Penal de 1995.

C. La enfermedad del S.I.D.A. agravada por lesión producida en el trabajo.

En este apartado cabría incluir el supuesto de un trabajador portador del V.I.H. que sufre un accidente de trabajo y como consecuencia de ello agudiza la enfermedad del S.I.D.A. Se trata de un supuesto que se puede reconducir claramente al art. 115.2.f) del T.R.L.G.S.S.: “tendrán la consideración de accidentes de trabajo: las enfermedades o defectos padecidos con anterioridad por el trabajador, que se agraven como consecuencia de la lesión constitutiva del accidente”.

Así, el Tribunal Supremo (Sala 4.^a) en sentencia de 27 de octubre de 1992 (Ar. 7844), considera que por tal concepto (lesión) “en el art. 84 apartados 2.f) y 3 [en la actualidad 115.2.f) y 3 del T.R.L.G.S.S.] se considera cualquier menoscabo físico o fisiológico del desarrollo funcional”, de forma que se incluye en los supuestos de accidente de trabajo cuando las enfermedades o defectos existentes con anterioridad (supuesto de ser portador de V.I.H.) se agravan a consecuencia del accidente laboral. De manera que la enfermedad latente del trabajador (V.I.H.) y posteriormente S.I.D.A. es a consecuencia del accidente de trabajo, que incide negativamente al acelerar y agudizar los síntomas que motivan el desarrollo de la enfermedad del S.I.D.A.

En el mismo sentido se pronuncia la S.T.S.J. Andalucía/Granada, de 2 de diciembre de 1993 (Ar. 5452), en la que se agudiza la enfermedad de un trabajador seropositivo a consecuencia de un accidente de trabajo. Como señala la citada sentencia, “la enfermedad latente que padecía el actor, V.I.H., S.I.D.A., siendo el actor seropositivo, se inicia, en su aparición como consecuencia del traumatismo sufrido (caída de ladrillos y hierros sobre el mismo) que incidió negativamente en la respuesta del organismo del actor ante tal acaecimiento físico”. “Es evidente la incidencia causal del evento fáctico en su evolución posterior hasta llegar al estado en que actualmente se encuentra” (fundamento de derecho único).

Por último, no debemos olvidar que, en ocasiones, la calificación de accidente de trabajo

delito más grave”. Sin embargo, en el “nuevo” Código Penal (aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre), el mencionado delito de propagación de enfermedad transmisible se reconduce al art. 630 (Faltas contra los intereses generales): “Los que abandonaren jeringuillas, en todo caso, u otros instrumentos peligrosos de modo o con circunstancias que pudieran causar daño a las personas o contagiar enfermedades, o en lugares frecuentados por menores, serán castigados con penas de arresto de 3 a 5 fines de semana o multa de uno a dos meses”. Parece, por tanto, que se han atenuado las consecuencias del acto mencionado; sin perjuicio de su consideración, en este caso concreto (pinchazo doloso) como un delito de lesiones tipificado en los arts. 147-156 del Código Penal de 1995.



podría quedar desvirtuada en atención a determinados actos del accidentado. Como señala el art. 115.4.b) del T.R.L.G.S.S.: “No tendrán la consideración de accidentes de trabajo: los que sean debidos a dolo o a imprudencia temeraria del trabajador accidentado”.

Así, en lo referente al contagio de V.I.H., si el acto del accidentado es constitutivo de imprudencia temeraria no podría calificarse como accidente de trabajo; por ejemplo, un trabajador que se pincha a sí mismo con la jeringuilla de un compañero de trabajo toxicómano y seropositivo.

Este último supuesto podría contemplarse desde el punto de vista de un suicidio, motivado, por ejemplo, por una depresión causada por una sobrecarga de trabajo o similar. Como señala GARCIA ORTEGA (56) no se viene reputando normalmente como accidente de trabajo por falta de nexo de causalidad entre el trabajo y la muerte. Más bien, se estima que concluye dolo del propio trabajador, lo que excluye la consideración de accidente (Vid. S.T.S. de 29 de octubre de 1970 —Ar. 4336—). No obstante, continúa el citado autor, si aparecen hechos derivados del trabajo que pudieran perturbar el ánimo del trabajador hasta moverlo a tomar tan fatal decisión, sí tendría la consideración de accidente de trabajo. Por ejemplo, trabajador seropositivo que se suicida al ser discriminado en el trabajo a consecuencia de su seropositividad (o su toxicomanía, homosexualidad, religión, raza o ideología política, etc.).

Una cuestión diferente consistiría en determinar hasta dónde alcanza la imprudencia profesional del personal médico-sanitario en lo referente a su contagio por V.I.H. en el ejercicio de su trabajo. Como recoge el art. 115.5 a): “No impedirán la calificación de un accidente como de trabajo: la imprudencia profesional que es consecuencia del ejercicio habitual de un trabajo y que se deriva de la confianza que éste inspira”. En este sentido, habría que determinar hasta qué punto el citado personal ha observado rigurosamente las normas, instrucciones u órdenes de las autoridades sanitarias y en materia de prevención de riesgos y aquellas “prácticas habituales y normales” llevadas a cabo en el centro de trabajo al objeto de evitar los contagios.

2.1.2. La enfermedad profesional

A tenor de lo dispuesto en el art. 116 del T.R.L.G.S.S. se “entenderá por enfermedad profesional la contraída a consecuencia del trabajo ejecutado por cuenta ajena en las actividades que se especifiquen en el cuadro... y que esté provocada por la acción de los elementos o sustancias que en dicho cuadro se indiquen para cada enfermedad profesional”. El

(56) GARCIA ORTEGA, J., *op. cit.*, pág. 204.

mencionado cuadro está recogido en el Real Decreto 1995/1978, de 12 de mayo (57), aprobado en desarrollo del citado art. 116.

En primer lugar, hay que señalar que la enfermedad del S.I.D.A. no está tipificada como enfermedad profesional en el RD 1995/1978. No existen impedimentos legales para proceder a la inclusión del S.I.D.A. entre las enfermedades profesionales; ya que, a tenor del art. 2 del citado R.D., “y en virtud del art. 85, párrafo segundo de la L.G.S.S. (ahora art. 116 del T.R.L.G.S.S.), el Ministerio de Sanidad y Seguridad Social podrá modificar el cuadro de enfermedades profesionales, previos informes que en cada caso se estimen oportunos” (en la actualidad recae sobre el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social —Disposición Final sexta del T.R.L.G.S.S.— que deberá contar con el informe preceptivo del Ministerio de Sanidad y Consumo —art. 116 segundo párrafo del T.R.L.G.S.S.—).

En favor de la consideración del S.I.D.A. como enfermedad profesional del personal médico y sanitario, se pronuncian numerosos autores (58) y sindicatos de profesionales sanitarios; principalmente el sindicato de enfermería, S.A.T.S.E. En este sentido, se trata de un colectivo profesional específico y expuesto al contagio de esta enfermedad infecciosa. Además, la hepatitis vírica B sí aparece en el R.D. mencionado (59) y se considera, incluso, una enfermedad de declaración obligatoria desde 1982 (Resolución del Ministerio de Sanidad y Consumo, de 22 de diciembre de 1981). Llama la atención que no se haya incorporado al S.I.D.A. como enfermedad profesional principalmente porque el mecanismo de contagio es similar al de la hepatitis B (se transmite por contacto directo con sangre de una persona infectada) (60).

En todo caso, la consideración del S.I.D.A. como enfermedad profesional del personal médico y sa-

(57) BOE 25 de agosto de 1978, modificado por el R.D. 2821/1981, de 27 de noviembre (B.O.E. de 1 de diciembre) al que hay que añadir la Resolución de 30 de diciembre de 1993 de la Secretaria General de la Seguridad Social.

(58) “La evolución constante de enfermedades como el S.I.D.A. obliga a los Estados a insertarse en un proceso dinámico que tiene que ser constantemente evaluado y actualizado”. ROMERO RODENAS, *op. cit.*, pág. 105.

(59) En el apartado D punto 4 del R.D. 1995/1978 se recogen las enfermedades infecciosas y parasitarias del personal que se ocupa de la prevención, asistencia y cuidado de enfermos y en la investigación; de trabajos de personal sanitario y auxiliar que contacten con estos enfermos tanto en instituciones abiertas, cerradas o servicios a domicilio; trabajos en laboratorios de investigación y de análisis clínicos; trabajos de toma, manipulación o empleo de sangre humana o sus derivados y aquellos otros que entrañen contacto directo con estos enfermos (hepatitis vírica).

(60) CATALAYUD SARTHOU, A. y CORTES VIZCAINO, C., *Lecciones de salud laboral*, *op. cit.*, pág. 229.



nitario obedece a una opción de los poderes públicos. Las autoridades comunitarias se han pronunciado en apoyo de la inclusión del S.I.D.A. como enfermedad profesional. En este sentido, la Recomendación de la Comisión Europea, de 23 de julio de 1962 (D.O.C.E. nº 2188/62, de 31 de agosto), relativa a la adopción de una lista europea de enfermedades profesionales, recoge expresamente la necesidad de que los gobiernos de los Estados Miembros actualicen la lista de enfermedades profesionales en atención a las circunstancias cambiantes y a la aparición de nuevas enfermedades que pueden ser contraídas con ocasión del trabajo por cuenta ajena. Junto a ella, la Recomendación nº 89 del Consejo de Ministros de la C.E. sobre "Cuestiones éticas relativas a la infección por V.I.H. en los establecimientos sociales y de atención de salud", se recomienda específica y concretamente que la infección por V.I.H. sea reconocida como enfermedad profesional.

Por lo tanto, de *lege ferenda* sería la reevaluación y actualización del cuadro de enfermedades profesionales previsto en el R.D. 1995/1978 y, así, la inclusión del S.I.D.A. como enfermedad profesional del personal médico y sanitario. Dicha inclusión tendría como principal consecuencia que no sería necesario demostrar la relación de causalidad (lesión-trabajo).

Sin embargo, también podría considerarse el S.I.D.A. como una de las denominadas "enfermedades del trabajo" o "enfermedades causadas por la profesión" [Vid. Rodríguez Piñero (61)]. Se definen como aquellas enfermedades ni comunes ni profesionales; equiparadas en su tratamiento, por su etiología, a los accidentes de trabajo, dada la existencia de un nexo causal entre la enfermedad y el trabajo. A mi juicio esta calificación sería la adecuada para el contagio por V.I.H. del personal médico y sanitario en el ejercicio de su trabajo, ya que el contagio por V.I.H. y la enfermedad del S.I.D.A. constituyen un riesgo genérico, al que estaría sujeto cualquier persona, aunque el factor desencadenante hubiera sido el trabajo. Además, podrían incluirse a otros colectivos también expuestos al contagio, como el personal de barberías, peluquerías y todos aquellos que de alguna manera pueden entrar en contacto, mientras desempeñan su trabajo, con los principales agentes de contagio (sangre o semen).

2.2. Las contingencias comunes

He optado por un análisis conjunto de las contingencias comunes (accidente no laboral y enfermedad común) en materia de contagio por V.I.H. y enfermedad del S.I.D.A., por cuanto se ha producido un giro importante recientemente —como veremos, a

(61) RODRIGUEZ PIÑERO, M.: "Las enfermedades del Trabajo", **R.L.** 15/16 agosto, 1995, págs. 1-13.

partir de las SS.T.S. (u.d.) de 2 de junio de 1994 (Ar. 5400) y de 25 de enero de 1995 (Ar. 411)— en cuanto a la consideración de estos hechos en el área de la acción protectora de la Seguridad Social; provocando una evolución jurisprudencial que requiere —a efectos de su mejor comprensión— un tratamiento unitario de ambas contingencias comunes (el accidente no laboral y la enfermedad común).

En primer lugar, se requiere conceptualizar jurídicamente ambas contingencias: 1) No existe un concepto legal de *accidente no laboral*, ya que el art. 117.1 T.R.L.G.S.S. tan sólo lo define negativamente a partir del concepto de accidente de trabajo: "se considerará accidente no laboral el que, conforme a lo establecido en el artículo 115, no tenga el carácter de accidente de trabajo". Se trata, por tanto, de "lesiones corporales sufridas sin que medie ningún grado de relación causal con el trabajo, es decir ni directa ni indirectamente (62)".

2) Por su parte, la *enfermedad común* se define también en sentido negativo, en el art. 117.2 del T.R.L.G.S.S.: "se considerará que constituyen enfermedad común las alteraciones de la salud que no tengan la consideración de accidentes de trabajo ni enfermedades profesionales, conforme a lo dispuesto, respectivamente en los apartados 2.e), f) y g) del art. 115 y en el art. 116".

La característica común de ambas contingencias comunes consiste en la ausencia de una relación causal lesión-trabajo ya que, tanto en el accidente no laboral como en la enfermedad común, las lesiones corporales y/o las alteraciones de la salud que provocan los estados de necesidad protegidos, no tienen su causa en el trabajo. Así, para distinguir uno del otro hay que acudir al "hecho inicial o desencadenante de las lesiones y no al resultado fisiológico de un proceso patológico" (63).

Por el contrario, las contingencias comunes gozan de un tratamiento distinto a la hora de causar derecho para ser beneficiario de determinadas prestaciones contributivas. Así, hay que destacar (64), como ya hemos señalado, que en virtud de lo dispuesto en el art. 124 T.R.L.G.S.S., no se exige período previo de cotización para causar derecho a las prestaciones en caso de accidente laboral, mientras que sí se exige en la enfermedad común (65).

(62) GARCIA ORTEGA, J., *op. cit.*, pág. 239.

(63) *Vid. pág. 14 y pie de página nº 44.*

(64) Más información en BLASCO LA HOZ, J.F.; LOPEZ GANDIA, J. y MOMPALER CARRASCO, M.A., **Curso de Seguridad Social**, *op. cit.*, págs. 207-8.

(65) La única excepción se produce en el caso en el que el trabajador víctima del accidente común no se encontrara en situación de alta o asimilada al alta en cuyo caso se requerirá la cotización de 15 años a efectos de invalidez permanente absoluta o gran invalidez (art. 138.3 T.R.L.G.S.S.). En BLASCO LA HOZ, J.F.; LOPEZ GANDIA, J. y MOMPALER CARRASCO, M.A., **Curso de Seguridad Social**, *op. cit.*, pág. 207.



En cuanto al contagio de V.I.H. y el desarrollo de la enfermedad del S.I.D.A., vamos a hacer referencia a dos supuestos que podrían encuadrarse en el tratamiento de las contingencias comunes.

A. El contagio de V.I.H. por cualquier trabajador; y B. la muerte por sobredosis de un enfermo de S.I.D.A.

A. El contagio de V.I.H. por cualquier trabajador:

Es en este supuesto en el que se ha producido el importante giro jurisprudencial antes comentado. En primer lugar, nos encontramos con una sentencia innovadora que incorpora la trascendente consecuencia de considerar que todo trabajador que contraiga el S.I.D.A. al margen de su prestación de trabajo tiene derecho a una protección de la Seguridad Social sin necesidad de tener cubiertos períodos previos de cotización (66). Esta sentencia es la del T.S.J. Castilla-La Mancha, de 20 de noviembre de 1991 (Ar. 6401). En segundo lugar, la sentencia citada califica al S.I.D.A. como accidente no laboral y no como enfermedad común (67).

El razonamiento jurídico es el siguiente (68): 1) “no existe un concepto legal de accidente de trabajo”; 2) “tres son los elementos que configuran el accidente de trabajo, lesión, trabajo y relación entre uno y otro, esto es, daño sufrido por el cuerpo del accidentado, la condición de trabajador por cuenta ajena de éste y por último que la lesión sufrida lo sea con ocasión o por consecuencia del trabajo que se ejecute”; 3) “a la vista de tales elementos definidores, no habrá dificultad en

(66) A tenor del art. 130.a) del T.R.L.G.S.S. se exige para causar derecho a las prestaciones por incapacidad temporal, un período de cotización de 180 días dentro de los 5 años anteriores al hecho causante. Por su parte, ser beneficiario de una pensión de invalidez, dependerá de la edad del causante y del grado de la invalidez (en todo caso un período de carencia genérica de 5 años. El período de carencia específica ha sido atemperado por distintas resoluciones del I.N.S.S. (Vid. BLASCO LA HOZ, J.F.; LOPEZ GANDIA, J. y MOMPALER CARRASCO, M.A., *Curso de Seguridad Social*, op. cit., pág. 299). En cuanto a las prestaciones por muerte y supervivencia, los trabajadores deberán reunir un período de carencia de 500 días, cotizados dentro de 5 años inmediatamente anteriores al hecho causante.

(67) Como establece la sentencia, “concretándose la cuestión litigiosa en determinar si el síndrome de inmunodeficiencia adquirida (S.I.D.A.) padecido por el actor ha de encuadrarse dentro del concepto de accidente no laboral o del de enfermedad común”. Se establecen como hechos probados que el actor padece: paraplejia postraumática por accidente de tráfico a los 17 años e infección por H.I.V., grupo IV subgrupo C.I., entre otras de menor importancia.

(68) Los entrecomillados pertenecen al fundamento jurídico segundo de la citada S.T.S.J. Castilla-La Mancha de 20 de noviembre de 1991 (Ar. 6401).

encuadrar el contagio del S.I.D.A. dentro del concepto de accidente laboral... caso del medio hospitalario”; 4) “trasladando tal concepto al ámbito del accidente no laboral éste vendría constituido por una lesión corporal sufrida por una persona de forma totalmente desligada del trabajo por cuenta ajena”; y que, “según el diccionario de la lengua española, es un acontecimiento imprevisto y desgraciado del que resulta un daño o perjuicio”. 5) “el actor... dada su adicción al consumo de drogas por vía parenteral, adquirió el S.I.D.A.”. 6) “hay que concluir que ni la condición de drogadicto del actor por sí sola, ni la paraplejia postraumática padecida por el mismo fueron determinantes de su situación de invalidez, ni del fallecimiento posterior del mismo, situaciones y sucesos que tuvieron su causa y origen en la adquisición del S.I.D.A.; contagio que a la vista de los conceptos antes analizados ha de ser estimado como un suceso accidental desligado de la voluntariedad del agente, puesto que independientemente de que fuera adicto al consumo de drogas por vía parenteral, tal circunstancia en modo alguno presuponen necesariamente el contagio del S.I.D.A.”. 7) en todo caso, en apoyo de tales argumentaciones, de conformidad con la S.T.S. de 26 de diciembre de 1988, “para que se dé el accidente no es imprescindible que un agente extraño cause directa y de modo adecuado la lesión corporal, bastando que la situación asumida sea elemento necesario para la lesión o daño; situación ésta concurrente en el caso analizado donde la situación de invalidez y posterior fallecimiento ocurrido con motivo de la adquisición del S.I.D.A. con motivo de la adicción al consumo de drogas por vía parenteral ha de ser catalogado como un suceso accidental encuadrable dentro del concepto de accidente no laboral”.

Así el estado de la cuestión, cabría señalar que la sentencia citada no distingue el estado previo al S.I.D.A. que es el contagio por V.I.H. El contagio de V.I.H. no constituye un estado de enfermedad sino una situación potencial de la misma, donde nos encontramos ante personas asintomáticas. De tal forma que, a tenor de la calificación de accidente no laboral por la sentencia objeto de estudio, a “toda lesión corporal sufrida por una persona de forma totalmente desligada del trabajo”, es decir como “un acontecimiento imprevisto y desgraciado del que resulta un daño o perjuicio” no retrotraeríamos el concepto de accidente no laboral al momento en el que se desarrolla la enfermedad sino que habría que considerarlo al momento en el que el evento súbito acontece, es decir, cuando se produce el contagio del trabajador por V.I.H. (69). Sin embargo, es en la actualidad mé-

(69) ROMERO RODENAS, M.J., op. cit., pág. 111.



dicamente imposible determinar dicho momento por las razones expuestas a lo largo del trabajo.

A pesar de la importancia de la S.T.S.J. citada, la consideración del S.I.D.A. como accidente no laboral se ha visto eliminada por las S.T.S. en unificación de doctrina —S.T.S. (Sala 4.^a) de 2 de junio de 1994 (Ar. 5400) y de 25 de enero de 1995 (Ar. 411)— que han considerado tales supuestos como enfermedad común.

La S.T.S. (Sala 4.^a) de 2 de junio de 1994, establece en su fundamento jurídico tercero que “aún con un criterio amplio, representado por la condición de accidente como un suceso imprevisto y desgraciado del que resulta un daño...” no puede desconocerse que un padecimiento como el examinado, es debido a un cuadro nosológico adquirido por una vía normal de contagio, que siempre es contingente por naturaleza y que se va desarrollando independientemente del hecho inicial al que se pretende atribuir la consecuencia...” “por lo que el ulterior desarrollo de la enfermedad no puede catalogarse como repentino en cuanto al óbito al que se llega; es una enfermedad que se adquiere y lentamente conduce al desgraciado final que no puede reputarse ni repentino ni imprevisto”. Es decir, sin cabida en el concepto de accidente.

En segundo lugar, la S.T.S. (Sala 4.^a) de 25 de enero de 1995 (Ar. 411) establece en su fundamento jurídico segundo, que se trata de la “misma cuestión planteada, los hechos y fundamentos de ambos son sustancialmente iguales”; que “guarda completa coincidencia objetiva” con la S.T.S. (Sala 4.^a) de 2 de junio de 1994. Por tanto, “la Sala entiende que lo entonces resuelto ha de mantenerse en su integridad y reitera, por tanto, lo en dicha resolución argumentado”, es decir, “que el padecimiento que determina el estado del paciente, síndrome de inmunodeficiencia adquirida (S.I.D.A.) no puede reputarse como accidental...”.

A mi juicio estas consideraciones serían distintas si se tiene en cuenta el momento del contagio por V.I.H.; ya que, como se ha mencionado a lo largo del trabajo “es el hecho inicial o desencadenante de las lesiones y no el resultado fisiológico de un proceso patológico, el que deba tomarse en consideración a la hora de su calificación”. El contagio por V.I.H. es el hecho inicial o desencadenante de las lesiones; y el contagio es, sin duda alguna, un acontecimiento imprevisto, no voluntario. De ahí que debieran eliminarse los prejuicios existentes hacia toxicómanos, homosexuales, bisexuales y heterosexuales con varias parejas: el hecho de ser de una u otra condición no presupone necesariamente el contagio del V.I.H.

Por último, se requiere apuntar otras sentencias que consideran el contagio de V.I.H. como enfermedad común:

— La S.T.S. (Sala 4.^a) de 20 octubre 1994 (Ar. 8099), en cuyo fundamento jurídico quinto se esgrimen argumentos similares —haciendo referencia a la S.T.S. de 2 de junio de 1994— a los anteriormente expuestos (70).

— La S.T.S. (Sala 4.^a) de 2 de febrero de 1995 (Ar. 771).

— La S.T.S.J. de Andalucía/Málaga de 18 de abril de 1994 (Ar. 1674) que establece en su fundamento de derecho primero que “esta Sala entiende que el síndrome de inmunodeficiencia por vía parenteral como consecuencia del consumo de drogas no puede ser calificado como accidente no laboral, pues no nos encontramos ante un suceso eventual e independiente de la voluntad del sujeto que sobreviene repentinamente y que altera el orden regular de las cosas, sino ante una alteración de la salud producida en el organismo humano y con un período más o menos largo de desarrollo”. Así, se considera que “la causa del contagio de la enfermedad (la adicción al consumo de drogas por vía parenteral) no aparece de modo alguno desligada de la voluntad del sujeto causante, pues si es notorio que uno de los mecanismos de transmisión es el de la drogadicción por la vía parenteral y a pesar de ello la actora no se abstuvo de realizar la conducta de riesgo, está implícitamente admitiendo la posibilidad de que el resultado dañoso se produzca, por lo que el hecho ha de ser imputado a la voluntad del agente y por ende excluido del concepto de accidente”.

— La S.T.S.J. Andalucía/Sevilla, de 2 de febrero de 1994 (Ar. 666), en cuyo fundamento de derecho único recoge, con mayor acierto, que “el hecho de que se inyectara heroína no determinaba necesariamente su contagio del S.I.D.A.”. Sin embargo, continúa la sentencia, “su drogodependencia la hacía ingresar en uno de los llamados grupos de alto riesgo, en el que el consecuente contagio era un acontecimiento tan desgraciado como previsible y evitable mediante el uso de los mecanismos adecuados de defensa”.

— La S.T.S.J. Castilla y León/Valladolid, de 14 de noviembre de 1995 (AL nº 12/18 —24 de marzo de 1996 —511—), en la que niega una pensión por invalidez permanente absoluta para un empleado de finca urbana por considerar que mientras la enfermedad del S.I.D.A. se encuentra dentro de los límites normales (grupo A1) dado que se enjuicia su estado actual y no el futuro, no se aprecia invalidez

(70) “El padecimiento examinado es debido a un cuadro nosológico adquirido por una vía normal de contagio, que siempre es contingente y que se va desarrollando independientemente del hecho inicial al que se pretende atribuir la consecuencia de modo que tal desarrollo... impide que el grado de incapacidad adquirido en determinado momento pueda ser calificado como hecho acaecido de modo repentino e imprevisto.”



para seguir trabajando en su profesión habitual: “no podemos valorar el rechazo social que pueden experimentar los portadores V.I.H., pues se trata de una cuestión que no tiene nada que ver con la simple consideración de la incidencia de su patología sobre su profesión habitual”.

B. La muerte por sobredosis de un enfermo de S.I.D.A.:

Por último, en cuanto a la muerte por sobredosis

de un enfermo de S.I.D.A., cabe citar la S.T.S.J. Madrid, de 4 mayo 1994 (Ar. 1966). Esta sentencia considera la muerte por sobredosis de enfermo de S.I.D.A. como accidente no laboral puesto que “la muerte sobreviene por causa accidental distinta de su natural estado, situación o modo”. Aquí correctamente se está atendiendo a la causa de la muerte, “que no es la enfermedad en sí, la drogadicción, sino la inyección de sobredosis, ajena a la voluntad del enfermo” (fundamento de derecho único).