

LA HISTORIA CLÍNICA EN EL RECONOCIMIENTO Y CONTROL DE LAS PRESTACIONES ECONÓMICAS POR INCAPACIDAD DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL

FECHA DE ENVÍO: 27 DE MARZO DE 2021 - FECHA DE ACEPTACIÓN: 6 DE MAYO DE 2021

**Antonio M^a
Puerto Barrio**

*Médico inspector
Doctor por la Universidad de Extremadura*

**Marta
Tajadura Díez**

*Técnico Superior de la Seguridad Social
Licenciada en Derecho*

SUMARIO

I. Introducción. II. El concepto de historia clínica. III. Procedimientos administrativos en las prestaciones por incapacidad. IV. El derecho a la intimidad y la presencia de datos médicos en el expediente administrativo. V. El acceso a la Historia clínica. VI. La cuestión de las anotaciones subjetivas en la Historia clínica. VII. La ampliación de la información médica disponible: solicitudes de información clínica y exploraciones indicadas por el médico inspector. VIII. Conclusión. IX. Abreviaturas.

RESUMEN

Las prestaciones económicas que tienen por objeto sustituir las rentas del trabajo que no puede desempeñarse por causa de las consecuencias de una alteración de la salud se reconocen y controlan a través de actuaciones administrativas que precisan partir de la constatación de la situación médica del trabajador enfermo. El buen funcionamiento del sistema necesita incorporar a estos procedimientos la historia clínica como principal fuente de la información médica sobre el trabajador enfermo, necesaria para la toma de decisiones en el procedimiento de reconocimiento y control de las prestaciones del sistema.

Las modificaciones operadas en los sistemas de acceso a la historia clínica por parte de los médicos

inspectores de las Entidades Gestoras hacen más necesario que nunca incidir en el papel que el médico inspector tiene como garante del derecho a la intimidad del trabajador, seleccionando, del conjunto de información médica accesible, sólo la que resulte necesaria para adoptar la decisión administrativa que corresponda y, en su caso, completando aquella información necesaria pero que no está disponible a través de la historia clínica ni de otros informes que se hayan incorporado al procedimiento.

PALABRAS CLAVE

Historia clínica, evaluación de la incapacidad, prestaciones por incapacidad, incapacidad laboral, protección social, derecho a la intimidad.

ABSTRACT

Economic benefits that replace income from work that cannot be performed because of worker's health impairment, are granted and controlled through administrative procedures that require determining medical situation of the sick worker. The clinical history, as major source of clinical information about sick worker, shall be integrated into those administrative procedures for decisions making about granting and control of these economic benefits.

Changes operated on the systems of access to medical history by Social Security medical inspectors make it more necessary than ever to establish the role that the medical inspector has as guarantor of the right to privacy of the worker by selecting health information that gets into the administrative procedure, which should be only the information which is necessary to take the appropriate administrative decision and, where relevant, it shall request all necessary information to supplement the information that maybe is not available through the medical history or other reports that have been incorporated into the administrative procedure.

KEYWORDS

Medical history, assessment of disability, disability benefit, occupational handicap, social protection, right to privacy.

I. INTRODUCCIÓN

El sistema de protección social contributiva permite que el trabajador enfermo acceda a una asistencia sanitaria cuyos costes no ha de soportar (al menos en su totalidad), así como a la percepción de prestaciones económicas que, en relación con la duración previsible de la situación de incapacidad, están dirigidas a paliar la pérdida de ingresos derivada de la incapacidad para trabajar. Se trata de las prestaciones económicas por incapacidad temporal (IT) o, cuando la incapacidad se prevé definitiva o con posibilidad de mejoría sólo previsible a largo plazo, de prestaciones económicas por incapacidad permanente (IP).

El reconocimiento de estas prestaciones económicas supone un acto de disposición patrimonial de medios públicos que no puede ser discrecional. Sólo en los casos en los que quede acreditado que se verifican los requisitos exigibles en la Ley se causará el derecho a las correspondientes prestaciones, por

lo que será preciso un procedimiento administrativo que tenga por objeto determinar si se verifican, en cada caso particular, los presupuestos fácticos que permitan reconocer el derecho a las prestaciones. Estos presupuestos fácticos tienen la particularidad de estar referidos a una situación de enfermedad o accidente y a sus consecuencias en relación a la capacidad de trabajo, por lo que para que puedan ser determinados será preciso contar con información médica, información que cuenta con un especial régimen de protección en tanto en cuanto se trata de datos de carácter personal referidos a la salud¹. Esta información médica está, en su mayor parte, contenida en las historias clínicas que custodian los servicios sanitarios públicos o las Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social (MCSS), que son las entidades encargadas de prestar asistencia a los trabajadores²; la información sobre el recorrido clínico y la evolución, los diagnósticos con trascendencia sobre la capacidad laboral o los resultados de las exploraciones complementarias son datos necesarios para una completa valoración de la situación de incapacidad que no están, en primera instancia, en los archivos de la Administración de la Seguridad Social, que es la que ha de resolver estos procedimientos. Para dar respuesta a esta necesidad de información se han venido suscribiendo acuerdos entre el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), los servicios sanitarios públicos y las MCSS con objeto de incorporar, a los expedientes administrativos, la información médica de la que disponen estas entidades³.

Recientemente, la disposición final 5.2 del Real Decreto-ley 2/2021, de 26 de enero, de refuerzo y consolidación de medidas sociales en defensa del empleo⁴, ha introducido modificaciones en la

1 Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales. Boletín Oficial del Estado, núm. 294, (06/12/2018).

2 En el caso de las MCSS, que prestan asistencia en procesos derivados de contingencias profesionales (accidente de trabajo o enfermedad profesional) con respecto a los trabajadores asegurados en esas entidades, también ejercen actividades de control médico de las prestaciones de incapacidad temporal por contingencias comunes en relación con los trabajadores que tienen protegidas estas contingencias comunes por parte de estas entidades.

3 PARDO VICENTE, José Manuel. "Hacia un nuevo marco que regule la valoración médica de la capacidad/incapacidad laboral: propuestas de mejora y áreas de cambio". Medicina y Seguridad del Trabajo 2016; 62: 44-60. Es imprescindible contar, para una adecuada evaluación de la situación de salud y enfermedad con los diagnósticos que puedan tener trascendencia incapacitante, los tratamientos a los que ha sido sometido el trabajador, las pruebas efectuadas... Para alcanzar una completa (y adecuada visión de la situación del trabajador), la compartimentación de esta información entre las historias clínicas de los servicios sanitarios y las historias clínicas que mantienen las MCSS supone un hándicap importante.

4 Real Decreto-ley 2/2021, de 26 de enero, de refuerzo y consolidación de medidas sociales en defensa del empleo.

regulación del suministro de información a la Administración de la Seguridad Social en lo que se refiere a la documentación médica que, desde las entidades que prestan asistencia sanitaria o llevan a cabo actividades de control de las prestaciones económicas derivadas de situaciones de IT, se pone a disposición de la Administración de la Seguridad Social para que ésta pueda gestionar y controlar las prestaciones económicas relacionadas con la protección de las situaciones de incapacidad laboral, siendo especialmente relevantes las modificaciones que se realizan en lo que se refiere al acceso telemático a la información médica. En el presente trabajo se analiza la necesidad de incorporar datos médicos a los expedientes de reconocimiento de prestaciones de incapacidad y a los actos de control de las mismas, así como el régimen jurídico que ampara esta incorporación y las dudas que se pueden suscitar en lo que se refiere a la cobertura legal y principios éticos aplicables a la cuestión.

II. EL CONCEPTO DE HISTORIA CLÍNICA

A los efectos que nos interesan, tomaremos como definición de la historia clínica la que nos proporciona la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica⁵: la historia clínica es el conjunto de documentos que contienen los datos, valoraciones e informaciones de cualquier índole sobre la situación y la evolución clínica de un paciente a lo largo del proceso asistencial. Contiene la historia clínica los documentos relativos a los procesos asistenciales de cada paciente, con la identificación de los médicos y de los demás profesionales que han intervenido en ellos, con objeto de obtener la máxima integración posible de la documentación clínica de cada paciente, y debe recoger todos aquellos datos que, bajo criterio médico, permitan el conocimiento veraz y actualizado del estado de salud.

Esta definición legal incorpora la realidad histórica a la que venimos asistiendo desde que la historia clínica “clásica” en papel encuentra soporte en las tecnologías de la información y la comunicación, superándose el viejo concepto de historia clínica del

centro sanitario, necesariamente limitada en tanto en cuanto recogía la información de aquellos episodios tratados en el centro sanitario en cuestión para, a través de la historia clínica electrónica, constituir un soporte documental ciertamente complejo y amplio, que recoge multitud de episodios asistenciales en distintos centros sanitarios y en la que intervienen profesionales que no mantienen contacto entre sí. Esta amplitud de contenidos y su carácter integral nos lleva, al menos en el ámbito sanitario, no a una definición distinta de la legal, pero sí a una perspectiva distinta de esa definición, de forma que la historia clínica, que ahora recoge una auténtica “patobiografía” completa del paciente, se podría definir como el registro longitudinal de todos los acontecimientos relativos a la salud de una persona, tanto preventivos como asistenciales, desde el nacimiento, hasta su fallecimiento⁶.

Esta disponibilidad de la información médica a través de la historia clínica electrónica, con la que cuentan todos los servicios sanitarios gestionados por las CC. AA e integrados en el Sistema Nacional de Salud (y también, en sus ámbitos de actuación, las MCSS) tiene, como finalidad primordial desde luego indiscutible, la asistencia sanitaria que pretende recuperar la salud del enfermo e, incluso, más allá, evitar que la enfermedad aparezca a través de las correspondientes actuaciones preventivas. No obstante esta finalidad primordial, asistencial por cuanto busca la preservación y recuperación de la salud, lo cierto es que los servicios sanitarios públicos (y los de las MCSS), al proporcionar asistencia sanitaria de la Seguridad Social, han de contemplar que ésta tiene un objetivo adicional: el de preservar la aptitud para el trabajo, tal y como se establece en el art. 98 del Decreto 2065/1974, de 30 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social⁷, que hoy por hoy, mantiene su vigencia. Se establece pues en este punto una conexión ineludible entre los servicios sanitarios públicos (y los de las MCSS) y la Administración de la Seguridad Social, ya que esta última es la competente en la gestión de las prestaciones económicas derivadas de situaciones de incapacidad para el trabajo que percibe el trabajador, enfermo o

Boletín Oficial del Estado, núm. 23, (27/01/2021). En concreto, se modifica el artículo 71 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, que regula el suministro de información a la Administración de la Seguridad Social.

⁵ Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. Boletín Oficial del Estado, núm. 274, (15/11/2002).

⁶ FOMBELLA POSADA, María José, CEREIJO QUINTEIRO María José. “Historia de la historia clínica”. *Galicia Clin.* 2012; 73 (1): 21-26. Señalan además las autoras las implicaciones de la historia clínica al alojar información de carácter privado, implicaciones que debemos entender más importantes cuanto más extenso es el contenido de la historia clínica. Este modelo de “historia de salud” o “patobiográfica” es precisamente un concepto extensivo en cuanto a los contenidos de la historia clínica, y consiguientemente, deben reforzarse aquellos aspectos dirigidos a la protección de la intimidad del paciente.

⁷ Decreto 2065/1974, de 30 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, Boletín Oficial del Estado, núm. 173, (20/07/1974).

accidentado que precisa o ha precisado de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social. En el reconocimiento y control de estas prestaciones económicas será necesario contar con las oportunas valoraciones médicas que efectúan los médicos inspectores adscritos a las Entidades Gestoras de estas prestaciones económicas⁸, valoraciones clínico – laborales para las que será necesario contar con información clínica sobre los correspondientes procesos asistenciales. Estas apreciaciones sobre la conexión entre la asistencia sanitaria y la gestión de prestaciones por incapacidad descritas en lo que se refiere a los servicios sanitarios públicos gestionados por las CC. AA, serán igualmente aplicables a las MCSS, que prestan asistencia sanitaria de la Seguridad Social en aquellos casos en los que la afectación de la salud deriva de contingencias profesionales o que, incluso, pueden llegar a prestar asistencia sanitaria en contingencias comunes bajo ciertas circunstancias a aquellos trabajadores en los que tales contingencias están aseguradas por una MCSS⁹. En todas estas actuaciones médicas de la Administración de la Seguridad Social será preciso contar con la necesaria información sobre el estado de salud de los trabajadores que solicitan o perciben las prestaciones económicas del sistema, resultando imprescindible para ello disponer de un acceso adecuado a la historia clínica del trabajador, y constituyendo esta disponibilidad de información una garantía en favor de lo acertado de la decisión administrativa que se haya de adoptar en cuanto a la prestación.

8 Por parte de los servicios sanitarios públicos, así como por las MCSS, se inician los procedimientos de reconocimiento de la IT y se desarrollan actividades de control de esta prestación durante los primeros 365 días de su duración.

La Administración de la Seguridad Social lleva a cabo, a través de sus recursos sanitarios, las actuaciones médicas necesarias para el reconocimiento de las prestaciones por incapacidad permanente, así como actividades de control de los procesos de IT en cualquier momento, para la determinación de la contingencia (común o profesional) de las incapacidades temporales y, en su caso, las actuaciones médicas necesarias para la gestión de otras prestaciones, como las derivadas de muerte y supervivencia. Las evaluaciones médicas requeridas en estas actuaciones se desarrollan por médicos inspectores adscritos a las Entidades Gestoras de las prestaciones económicas de la Seguridad Social, salvo en la CA de Cataluña, en la que las valoraciones médicas de las situaciones de incapacidad se realizan por facultativos del Institut Català d'Avaluacions Mèdiques (ICAM), dependiente de la administración de esa CA, a requerimiento de la Entidad Gestora.

9 Real Decreto 1630/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula la prestación de servicios sanitarios y de recuperación por las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social. Boletín Oficial del Estado, núm. 281, (23/11/2011). Si bien la asistencia sanitaria prestada por las MCSS tiene por objeto esencial la atención a los procesos derivados de contingencias profesionales, pueden además dispensar asistencia sanitaria (diagnóstica y recuperadora) en contingencias comunes con el objetivo de evitar la prolongación innecesaria de los procesos de incapacidad temporal, siempre en las condiciones establecidas para ello.

III. PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS EN LAS PRESTACIONES POR INCAPACIDAD

Aunque la práctica habitual y lo simplificado del procedimiento que se sigue en el caso de la IT en los primeros 365 días de la prestación (que sin duda es el procedimiento más frecuente), no contribuyan precisamente a cimentar la idea de que el reconocimiento de prestaciones por incapacidad sea consecuencia de un procedimiento administrativo, lo cierto es que así es. Incluso la emisión de un parte de baja por parte de un médico asistencial se incardina en un procedimiento administrativo. Es el parte de baja el documento que inicia las actuaciones conducentes al reconocimiento del derecho al subsidio por IT¹⁰. En el parte de baja, el médico asistencial constata unos hechos (un diagnóstico y unas limitaciones funcionales que determinan la imposibilidad de desarrollar su trabajo), y aplicando la definición legal prevista para la IT en relación con los requerimientos de la actividad laboral del trabajador, concluye la existencia de una situación que, si se reúnen los requisitos legalmente exigibles, origina el derecho a la percepción de una prestación económica, prestación que sustituye al salario que se deja de percibir a causa de la suspensión del contrato de trabajo que deriva de la baja médica. Este procedimiento no termina con la emisión del parte médico de baja por parte del médico asistencial, sino que, en su caso, continúa en el tiempo con la emisión de los sucesivos partes médicos de confirmación. Partes de confirmación que sirven además como instrumento de control de la prestación, verificando que se mantiene en el tiempo la situación médica de incapacidad, hasta la emisión del último parte médico de confirmación antes de que transcurran los 365 días en tal situación, momento a partir del cual serán las Entidades Gestoras de las prestaciones económicas de la Seguridad Social; el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) y el Instituto Social de la Marina (ISM) los que asuman el control de la prestación.

El procedimiento administrativo sí se despliega con más claridad, en toda su extensión, cuando la IT se extiende más allá de los 365 días en aplicación de lo dispuesto en el art. 170 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre¹¹

10 Real Decreto 625/2014, de 18 de julio, por el que se regulan determinados aspectos de la gestión y control de los procesos por incapacidad temporal en los primeros trescientos sesenta y cinco días de su duración. Boletín Oficial del Estado, núm. 176, (21/07/2014).

11 Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social. Boletín Oficial del Estado, núm. 261,

o cuando se trata de calificar una incapacidad permanente según el procedimiento establecido en el Real Decreto 1300/1995, de 21 de julio, por el que se desarrolla, en materia de incapacidades laborales del sistema de la Seguridad Social, la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social¹² y la Orden de 18 de enero de 1996 para la aplicación y desarrollo del Real Decreto 1300/1995, de 21 de julio, sobre incapacidades laborales del sistema de la Seguridad Social¹³.

Igualmente, y si bien puede considerarse que se trata también de procedimientos “simplificados”, los actos de control de la IT en sus primeros 365 días, cuando éstos se llevan a cabo por funcionarios especializados, como es el caso de los médicos inspectores de los servicios sanitarios públicos o de los adscritos a las Entidades Gestoras de las prestaciones económicas de la Seguridad Social, revisten un carácter específico que los dota de especiales garantías en cuanto al procedimiento (citaciones administrativas de comparecencia en las dependencias de los servicios de inspección, por ejemplo) que si acercan más estas actuaciones a un procedimiento administrativo “clásico”.

La evaluación de la capacidad funcional de un trabajador que presenta una eventual situación de incapacidad es imprescindible para que le puedan ser reconocidas las prestaciones que pudieran corresponderle derivadas de una eventual IP o de la prórroga más allá de los primeros 365 días de duración de la IT, y esta capacidad ha de determinarse en el seno del procedimiento administrativo de reconocimiento de tales prestaciones.

La finalidad de todo procedimiento es producir una consecuencia jurídica que viene impuesta por el derecho aplicable a unos hechos determinados, respondiendo a una estructura básica que es perfectamente reconocible en los procedimientos que nos ocupan. En nuestro caso, los hechos son los que describen la situación médico – funcional del trabajador y la consecuencia jurídica el reconocimiento del derecho subjetivo a percibir una prestación económica, la declaración de la inexistencia de tal

(31/10/2015). Téngase en cuenta que la duración máxima de la IT es de 365 días, que podrán prorrogarse por hasta 180 días más cuando se presume que en esta prórroga el trabajador podrá ser dado de alta por mejoría o curación (art. 169), y que es el Instituto Nacional de la Seguridad Social el único competente para reconocer esta prórroga (art.170).

12 Real Decreto 1300/1995, de 21 de julio, por el que se desarrolla, en materia de incapacidades laborales del sistema de la Seguridad Social, la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social, Boletín Oficial del Estado, núm. 198, (19/08/1995).

13 Orden de 18 de enero de 1996 para la aplicación y desarrollo del Real Decreto 1300/1995, Boletín Oficial del Estado, núm. 23, (26/01/1996).

derecho o la extinción del mismo por concurrencia de cualquiera de las causas previstas para ello.

En cada procedimiento existen dos elementos clave a determinar: los hechos y el derecho que ha de aplicarse. Y estos elementos clave son los que fijan las dos controversias que pueden surgir en todo procedimiento; la controversia sobre los hechos (cuestiones fácticas) y sobre el derecho (cuestiones jurídicas). Cuando nos ceñimos al procedimiento de valoración de una incapacidad, los hechos serán fundamentalmente aquéllos que describan la situación médica del trabajador, y será la discusión sobre si tales hechos son o no incapacitantes la que haya que dirimirse. La determinación de la situación médica, de estos “hechos” en definitiva, es objeto de la denominada “fase de instrucción” del procedimiento.

En los procedimientos de prórroga de la situación IT más allá de los primeros 365 días o en los de control de los procesos de IT ya prorrogados, así como en los relacionados con la calificación o revisión de una IP, la fase de instrucción del expediente culmina con la formulación del dictamen – propuesta por parte del Equipo de Valoración de Incapacidades EVI¹⁴. En este dictamen, que sirve de fundamentación a la Resolución del procedimiento, se han de recoger expresamente el cuadro clínico examinado y las limitaciones que se determinan por dicho Equipo. Como toda resolución administrativa que pone fin al procedimiento, ha de estar fundamentada en los hechos constatados en la instrucción y en el derecho aplicable al caso, fundamentación que habrá que buscar en los antecedentes que obren en el expediente administrativo que se instruya en el procedimiento, antecedentes entre los que habrá que citar especialmente a los que contribuyan a determinar la situación médica del trabajador. En este sentido, el art. 35.1 i) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas¹⁵, señala expresamente que deben ser motivados “con sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho” todos los aquellos actos administrativos en los que se establezca esta exigencia, bien por vía legal o reglamentaria, siendo así que Real Decreto 1300/1995, de 21 de julio, por el que se desarrolla, en materia de incapacidades

14 En la Comunidad Autónoma de Cataluña el procedimiento tiene algunas diferencias en relación con el que está vigente en el resto del Estado. Así, las funciones de evaluación médica de incapacidades se llevan a cabo por parte de Instituto Catalán de Evaluaciones Médicas, y es la Comisión de Evaluación de Incapacidades (CEI), constituida en cada dirección provincial del INSS en estas provincias, la que emite el dictamen – propuesta.

15 Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, Boletín Oficial del Estado, núm. 236, (02/10/2015).

laborales del sistema de la Seguridad Social, la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social y la Orden de 18 de enero de 1996 para la aplicación y desarrollo del Real Decreto 1300/1995, de 21 de julio, sobre incapacidades laborales del sistema de la Seguridad Social, señalan expresamente que se ha de emitir dictamen – propuesta por parte del Equipo de Valoración de Incapacidades, dictamen que obviamente, para dar respuesta a la exigencia de motivación de toda propuesta, debe recoger los hechos médicos que sustentarán la Resolución como garantía de que ésta no resulta arbitraria, sino que se fundamenta en la situación médica constatada en el caso concreto.

IV. EL DERECHO A LA INTIMIDAD Y LA PRESENCIA DE DATOS MÉDICOS EN EL EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO

No cabe duda de que la información sobre la propia salud se integra dentro del derecho a la intimidad de la persona, derecho que goza de la máxima protección constitucional, que lo califica entre los derechos fundamentales y libertades públicas recogidos en el Capítulo segundo del Título I de la Constitución Española de 1978¹⁶. Esta consideración implica que sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tal derecho, previéndose además un régimen específico de tutela judicial mediante procedimientos basados en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, tal y como se establece en los artículos 18 y 53 de la Constitución. Todo uso de información relativa a la salud de los ciudadanos debe pues ser respetuoso con el carácter “íntimo” de la misma y, por tanto, encontrar amparo legal suficiente. Resulta por tanto necesario analizar hasta dónde y en qué condiciones se justifica la presencia de datos médicos en los expedientes administrativos correspondientes a prestaciones por incapacidad.

Razona el Tribunal Constitucional (TC) en su sentencia 70/2009 de 23 de marzo¹⁷, en relación a la vulneración que supondría el acceso a la información médica por parte de la Administración sin que

16 Constitución Española, Boletín Oficial del Estado, núm. 311, (29/12/1978). Ya preveía el texto constitucional, en 1978, el papel que la informática jugaría a la hora de poder constituir una amenaza a la intimidad personal, señalando a la Ley como instrumento para garantizar el derecho a la intimidad personal frente a los riesgos de la informática, previsión más que actual en el tema que nos ocupa y en la evolución que ha seguido la historia clínica hacia el soporte informático y su accesibilidad vía telemática.

17 Sentencia del Tribunal Constitucional 70/2009, de 23 de marzo de 2009. Recurso de amparo 2826/2004, Boletín Oficial del Estado, núm. 102, (27/04/2009).

medie autorización por parte del afectado, que el derecho fundamental a la intimidad personal puede, no obstante su carácter de derecho fundamental, ceder ante otros derechos y bienes constitucionalmente relevantes, siempre que la limitación del derecho a la intimidad que haya de experimentar el afectado esté fundada en una previsión legal que tenga justificación constitucional, se revele necesaria para lograr el fin legítimo previsto, sea proporcionada para alcanzarlo y sea además respetuosa con el contenido esencial del derecho. Recoge el TC, en su fundamentación jurídica, pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, pronunciamientos que abundan en la tesis mantenida por el TC, avalando la compatibilidad del tratamiento de datos relativos a la salud y el respeto al derecho a la intimidad desde el punto de vista de la ponderación de los intereses en juego y limitando la intromisión en el derecho de forma que ésta no constituya “una intervención desmesurada e intolerable que afecte a la propia esencia de los derechos garantizados”.

Se fija pues en esta sentencia un canon basado en los principios de legalidad (sujeción a ley formal) y proporcionalidad, que en unión al control judicial, conllevarían a que la intromisión en la intimidad que supone la actuación del órgano administrativo al incorporar la historia clínica al expediente administrativo pueda considerarse legítima, posición del todo coherente con la ya asentada de que ningún derecho puede considerarse absoluto, sino que debe considerarse desde la ponderación necesaria para armonizar los diferentes bienes e intereses constitucionalmente relevantes¹⁸.

La existencia de datos médicos en los expedientes administrativos correspondientes con la gestión de prestaciones económicas de la Seguridad Social, y más cuando tales datos puedan haber sido recabados sin la autorización de los interesados, es consecuencia de la referida ponderación de los derechos e intereses en juego; el interés público sobre la adecuada gestión de los recursos de la Seguridad Social y el derecho a la intimidad del trabajador, y será esta ponderación la que determine hasta dónde y con qué garantías debe ceder un derecho fundamental que, como tal, no tiene en modo alguno un carácter absoluto, y cuyas garantías deben cohonestarse con la existencia de un interés superior que exige constatar la situación clínica del trabajador¹⁹.

18 AGUIAR DE LUQUE, Luis. “Los límites de los derechos fundamentales”. Revista del Centro de Estudios Constitucionales 1993; 14: 9-34.

19 SARRATO MARTINEZ, Luis. “El régimen legal de acceso a la historia clínica y sus garantías”. Rev. Jurídica Castilla & León 2009; 17: 177 - 215. Este interés superior justificaría, incluso, que el procedimiento no pueda depender

La presencia de estos datos de carácter médico se justifica, desde luego, en el propio concepto de expediente administrativo, recogido en el art.70 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas²⁰, al definir el expediente administrativo como el conjunto ordenado de documentos y actuaciones que sirven de antecedente y fundamento a la resolución administrativa, así como las diligencias encaminadas a ejecutarla, siendo necesario, para determinar el estado del trabajador en relación a su capacidad laboral, la consulta de la historia médica y de otros documentos de naturaleza semejante en cuanto al carácter protegido de los datos que contienen.

No es posible determinar la situación de incapacidad de un potencial beneficiario de prestaciones económicas derivadas de una situación de incapacidad sin entrar a valorar su situación médica, y ésta estará plasmada en documentos de carácter médico. Consecuentemente, si éstos se han de tener en cuenta, deben integrarse en el expediente administrativo, ya que forman parte de los elementos que sirven de fundamento a la resolución administrativa. Esta documentación, en su tratamiento por la Entidad Gestora, goza de la máxima protección, puesto que únicamente tienen acceso a los datos médicos contenidos en el expediente administrativo, además del personal directamente concernido por su tratamiento, los propios interesados en el procedimiento, es decir el paciente (trabajador) a quién los datos se refieren, o bien su representante legal (debidamente acreditada esta representación), y por tanto, desde la normativa administrativa aplicable, se limita el acceso en términos equiparables a los que se establecen en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, que dispone:

a) En el art. 18, que el paciente tiene el derecho de acceso, por sí mismo o por representación debidamente acreditada, a la documentación de la historia clínica, si bien con ciertas reservas en relación a las denominadas “anotaciones subjetivas” (tema que trataremos más adelante), derecho que es extensivo al de obtener copia de los datos que figuran en la historia clínica, al igual que el interesado o su representante pueden obtener copia del expediente administrativo.

del consentimiento del interesado. La actual regulación desde la Ley General de la Seguridad Social y en consonancia con el derecho europeo, refuerza que, ante este interés superior, el consentimiento del interesado para el acceso resulte “irrelevante”, tal y como se analizará a continuación.

²⁰ Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, Boletín Oficial del Estado, núm. 236, (02/10/2015).

b) En el artículo 16.4, que el personal de administración y gestión de los centros sanitarios sólo puede acceder a los datos de la historia clínica relacionados con sus propias funciones, siendo así que los diferentes perfiles profesionales de los funcionarios que intervienen en los procedimientos tramitados por las Entidades Gestoras condicionan aquellos contenidos del expediente administrativo a los que tienen acceso.

c) En el artículo 16.5, que el personal sanitario debidamente acreditado que ejerza funciones de inspección tiene acceso a las historias clínicas en el cumplimiento de sus funciones. Esta cuestión tiene, no obstante, un tratamiento más específico en la regulación legal establecida en materia de prestaciones de la Seguridad Social, tratamiento que pasaremos a estudiar a continuación.

V. EL ACCESO A LA HISTORIA CLÍNICA

La instrucción de todo expediente administrativo tiene por finalidad, como hemos visto, fijar los hechos que se tengan por ciertos y sobre los cuales ha de aplicarse el Ordenamiento Jurídico para resolver la consecuencia jurídica que proceda (calificar una incapacidad permanente o denegarla, emitir el alta, etc.). La Ley que encomienda a la Administración la realización de una determinada tarea dota a esa Administración de un haz de facultades, facultades que podrían juzgarse en algunos casos como “exorbitantes”, pero que encuentran amparo en la propia Ley y que se justifican, en el marco de la intervención estatal en la sociedad, en la defensa del interés común y en la existencia de un bien superior, en relación a aquellos que pueden verse afectados por el ejercicio de las potestades administrativas.

Como parte de la instrucción del procedimiento, se incorporan al expediente administrativo los datos necesarios para determinar el estado de salud del trabajador y la situación funcional del mismo. Procederán estos datos de la historia clínica del trabajador, así como de cuantos informes médicos o pruebas sean necesarios para justificar que se reconoce o se deniega el acceso a una prestación, prestación que se financia, obvio es decirlo, con fondos públicos. Es por ello que el Ordenamiento Jurídico se asegura de que la decisión sobre la prestación se adopta con todas las garantías necesarias para que se ajuste a la realidad médica del trabajador, y prevé que, al expediente administrativo, se incorpore su historia clínica. Esta previsión, de conformidad con el canon de legitimidad que hemos expuesto a propósito del análisis de la cuestión por parte del TC, ha de responder al principio de legalidad, de forma

que es necesario que sea una ley formal la que ampare la incorporación de la historia clínica al expediente administrativo, y que lo haga ponderando los intereses y derechos en juego, que en este caso son el derecho a la intimidad del trabajador en relación al cual se instruye el expediente o se realizan actos de control de las prestaciones reconocidas y el interés general que ha de predicarse de la necesidad de garantizar de que las prestaciones económicas del sistema se reconocen a quien verifica las exigencias legales para causarlas y mantenerlas. A este canon hay que incorporar además una exigencia adicional; la de que la intromisión que se realice en el derecho a la intimidad sea lo más limitada posible atendida la finalidad pretendida, exigencia que deriva del principio de proporcionalidad que debe imperar a la hora de ponderar la intensidad exigible al sacrificio de un derecho en aras a preservar un interés legítimo y superior, en este caso, del sacrificio del derecho a la intimidad.

La historia clínica asistencial, a cargo de los servicios sanitarios públicos o, en su caso, de las MCSS, es sin duda el primer instrumento que permite acercarnos a la situación de salud del trabajador, y a través de esta situación de salud, a la repercusión funcional que tengan estos problemas de salud sobre su capacidad laboral. Es preciso tener presente que, tanto en la IT como en la IP, hay una evidente relación de la prestación económica con la asistencia sanitaria, ya que las situaciones de incapacidad derivan de la existencia de una enfermedad o accidente cuya existencia, alcance funcional y pronóstico es preciso determinar.

También ha preocupado esta cuestión al derecho de la Unión Europea. La historia clínica asistencial contiene información relativa a la salud, y, por tanto, goza de una especial protección en lo que se refiere a su acceso. El Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos²¹ prevé, en su artículo 9, entre otras, la prohibición de tratamientos de datos personales relativos a la salud de las personas, si bien exceptúa expresamente de esta prohibición, aquellos supuestos en los que el tratamiento es necesario para evaluar la capacidad laboral del trabajador, diagnóstico médico, prestación de asistencia o tratamiento de tipo sanitario o social, o gestión de los sistemas y servicios de asistencia

21 Reglamento (UE) 2016/679 del parlamento europeo y del consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos), Diario Oficial de la Unión Europea, (04/05/2016).

sanitaria y social, sobre la base del Derecho de la Unión o de los Estados miembros. El Reglamento (UE) 2016/679, por lo demás, defiende al derecho de desarrollo, de la UE o de los estados miembros, el establecimiento de las condiciones en las que estos tratamientos han de realizarse, de suerte que será la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales²² la que, en su art. 9.2, establezca que, en el caso del tratamiento de datos que nos ocupa, será una norma con rango legal la que debe amparar tal tratamiento de datos, cumpliéndose esta exigencia desde el momento en el que el acceso a esta historia clínica por parte de las Entidades Gestoras de la Seguridad Social se encuentra amparado por el art. 71.3 de la Ley General de la Seguridad Social, que señala expresamente que en los procedimientos de declaración y revisión de la incapacidad permanente, a efectos de las correspondientes prestaciones económicas de la Seguridad Social, así como en lo que respecta al reconocimiento y control de las prestaciones por IT, orfandad o asignaciones familiares por hijo a cargo, las instituciones sanitarias, las MCSS y las empresas colaboradoras remitirán a las Entidades Gestoras de la Seguridad Social los informes, la historia clínica y demás datos médicos, relacionados con las lesiones y dolencias padecidas por el interesado, que resulten relevantes para la resolución del procedimiento. La norma, con carácter de ley formal, es claramente imperativa en lo que se refiere a la remisión de la historia clínica a las Entidades Gestoras.

No obstante esta obligación de remitir la historia clínica que se impone a estas entidades citadas, la Ley General de la Seguridad Social va aún más allá al disponer que los inspectores médicos adscritos al Instituto Nacional de la Seguridad Social, en el ejercicio de sus funciones, cuando sea necesario para el reconocimiento y control del percibo de las prestaciones de los trabajadores pertenecientes al sistema de la Seguridad Social, y para la determinación de contingencia, informando de estas actuaciones, y en los términos y condiciones que se acuerden entre el Instituto Nacional de la Seguridad Social y los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas y el Instituto Nacional de Gestión Sanitaria²³, tendrán acceso electrónico y en papel a la historia clínica de dichos trabajadores, existente en los servicios públicos de salud, en las MCSS, en las empresas colaboradoras y

22 Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, Boletín Oficial del Estado núm. 294, (06/12/2018).

23 El Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (INGESA) es la entidad encargada de prestar asistencia sanitaria en las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla, actuando por tanto como servicio sanitario público en estas ciudades autónomas, dependiendo directamente del Ministerio competente en materia de sanidad.

en los centros sanitarios privados. No es preciso por tanto “remitir” documentación en la mayor parte de los casos, ya que la accesibilidad telemática que hoy impera permite el acceso, a tiempo real, de los médicos inspectores de las Entidades Gestoras a la información contenida en las historias clínicas²⁴.

En estos supuestos, continúa el referido precepto legal, no será necesario recabar el consentimiento del interesado, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 6.1. e) y 9.2 h), del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento y el Consejo, de 27 de abril, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos.

Por otra parte, la ley General de la Seguridad Social prevé también que la inspección médica de los servicios públicos de salud tendrá acceso electrónico a los datos médicos necesarios para el ejercicio de sus competencias, que obren en poder de las Entidades Gestoras de la Seguridad Social, abundando en la necesidad de proporcionar soporte legal al establecimiento de mecanismos de coordinación entre las distintas administraciones públicas que, de alguna manera, intervienen en la gestión de las prestaciones del sistema de Seguridad Social.

En lo que se refiere por tanto al acceso por parte de las Entidades Gestoras de la Seguridad Social a la documentación médica contenidas en las historias clínicas, nos encontramos ante una cesión de datos

24 A tal efecto, el INSS ha venido suscribiendo con las CC. AA, de forma periódica, convenios para el control de la incapacidad temporal, en cuyo marco se ha incluido el acceso telemático a las historias clínicas. El acceso a las historias clínicas, tanto de atención primaria como especializada, por parte de los Inspectores Médicos del INSS, en las mismas condiciones que los propios inspectores médicos del Servicio Público de Salud, tendrá por objeto, según los convenios, única y exclusivamente, el ejercicio de las competencias que tienen encomendadas estos médicos inspectores en orden a la valoración del menoscabo funcional que justifica la percepción de las prestaciones económicas garantizándose, en todo caso, la seguridad y confidencialidad de los datos. Los convenios han venido sufriendo modificaciones en diversos aspectos relativos a los aspectos económicos de los mismos o las distintas actividades que se incluyen en los planes de actuaciones que se desarrollan en el marco de tales convenios, pero el acceso a la historia clínica por parte de los médicos inspectores adscritos al INSS ha sido una constante en todos ellos. Actualmente, los convenios que se están suscribiendo recogen las actividades a desarrollar durante el periodo 2021 – 2022, y muestra de los mismos son los celebrados con la CA de Extremadura (BOE núm. 39, de 15 de febrero de 2021) o con la CA de Illes Balears (BOE núm. 87, de 12 de abril de 2021). También se han suscrito por el INSS convenios con las Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social para posibilitar el acceso telemático de los médicos inspectores a las historias clínicas de esas entidades colaboradoras A título meramente enunciativo (todos ellos responden a un modelo común) pueden citarse los celebrados con Mutua Montañesa, MCSS n° 7 (BOE núm. 245, de 10/10/2018), Mutua Ibermutuamur, MCSS n° 274 (BOE núm. 7, de 08/01/2018) o ASEPEYO, MCSS n° 151 (BOE núm. 123, de 21/05/2018).

amparada por norma con rango de ley, acorde con la legislación interna y con el derecho de la UE en materia de protección de datos, y que no precisa del consentimiento expreso del trabajador en relación al cual se instruye el expediente o, en su caso, se llevan a cabo actuaciones de control sobre las prestaciones que percibe. No obstante la habilitación legal, es preciso efectuar una consideración limitativa de la misma, ya que en ningún caso es absoluta: conforme al principio de proporcionalidad, no puede considerarse que exista habilitación para que la historia clínica, en su totalidad, se incorpore al expediente administrativo. En coherencia con lo expuesto, sólo aquella información pertinente para el fin que se persigue (determinar la situación del trabajador en lo que se refiere a su derecho a la percepción de las prestaciones económicas de la Seguridad Social) debe tener acceso al expediente administrativo. Este régimen de acceso, sin necesidad de recabar el consentimiento del interesado a datos médicos gestionados mediante soportes electrónicos, exige por lo demás que todas las actuaciones que se realicen al amparo de esta habilitación legal se lleven a cabo de acuerdo con los principios deontológicos que han de gobernar el delicado equilibrio entre la disponibilidad de información clínica y la protección de la intimidad del paciente²⁵, atendiendo siempre para ello a la finalidad que persigue el acceso.

No obstante lo diáfano del régimen jurídico sobre el acceso que se ha descrito, se ha llegado a cuestionar lo adecuado de esta legislación desde el punto de vista de la deontología médica y en aras a no “quebrar” la confidencialidad y destruir la necesaria confianza entre pacientes y médicos, cuestionándose cualquier acceso a la historia clínica con fines no asistenciales que no cuente con el consentimiento expreso del paciente²⁶. A pesar de estas

25 ALTISENT TROTA, Rogelio, et al. “Informatización y confidencialidad de la historia clínica”. *Atención Primaria* 2004; 34 (3): 140-142. Más que nunca se hace necesario tener presente estos principios éticos cuando el soporte informático permite una mayor accesibilidad a los datos contenidos en la historia clínica. Ha de tenerse en cuenta la pertinencia de los datos que se recogen en aras a limitar la información a lo que resulta necesario (o si se prefiere el enunciado negativo, acaso más claro: debe evitarse recoger todo aquello que no sea necesario). Debe actuarse además bajo la transparencia necesaria, que permita al paciente conocer qué está contenido en su historia clínica, así como quién y bajo qué condiciones puede acceder a la misma.

26 PLANES MAGRINYÀ, Albert. “Historia clínica e inspección: una mala combinación”. *Atención Primaria* 2015; 47 (9): 553 – 554. Se defiende por el autor que el acceso de los médicos inspectores a la historia clínica, aunque persiga el “fin loable” de evaluar la pertinencia de la incapacidad al amparo del principio de justicia, no es justificable. Bajo esta perspectiva, el secreto médico de la relación médico – paciente que ampara la relación asistencial puede quebrarse al existir la posibilidad de acceso por parte de los médicos inspectores, proponiendo como alternativa que éstos sólo pudiesen acceder a aquellos contenidos que el médico asistencia considerase oportunos, e informando previamente al paciente.

valoraciones éticas, sin duda respetables, lo cierto es que las habilitaciones legales para el acceso tienen como finalidad la protección y tutela del interés general a través de una adecuada gestión de las prestaciones, protección y tutela que también encuentran amparo en el principio ético de justicia. Es más, en lo que se refiere a la traslación de estos datos médicos al expediente administrativo e, incluso, a documentos genuinamente administrativos en los que, como es el caso del dictamen - propuesta, deben constar datos médicos, el propio Código de Deontología Médica de la Organización Médica Colegial²⁷, manteniendo como norma el secreto profesional, lo dispensa cuando el médico actúa como perito, inspector, médico forense o similar, y lo hace atendiendo al imperativo legal en virtud del cual nace la obligación de dar traslado a un tercero acerca de la información necesaria (e imprescindible) para el fin legalmente amparado. El médico inspector accede pues a la historia clínica en ejercicio de una función que la Ley le atribuye, y siempre manteniendo todos los condicionantes éticos en su actuación, sin que en ningún caso esté legitimado para revelar en sus informes más allá de aquello que esté relacionado con el proceso de incapacidad y, además, sea relevante para la valoración del mismo. El médico inspector actúa, por tanto, en estos casos, como garante del derecho a la intimidad del trabajador, no dando acceso al expediente administrativo a aquellos contenidos que, aunque consten en la historia clínica, no son relevantes para la finalidad del procedimiento, teniendo presente que, como en todo uso legítimo de la historia clínica, debe atenerse en su actuación a los principios generales de la bioética²⁸. A este respecto, debe el médico inspector efectuar un juicio de pertinencia para determinar, conforme a las exigencias de cada caso, qué es preciso recoger en el expediente administrativo (permite establecer la existencia de algún tipo de menoscabo funcional, su intensidad y el pronóstico del mismo) y qué no debe ser recogido por no aportar información relevante para el propósito del procedimiento. Es necesario tener siempre presente que, tratándose de datos médicos, revelar aquello que no es relevante para la finalidad del procedimiento no sólo es impertinente desde el punto de vista administrativo, sino que puede resultar atentatorio contra el derecho a la intimidad del trabajador y, además, violentar lo dispuesto en el Código Deontológico de la profesión médica en lo que al secreto profesional se refiere.

27 Código de Deontología Médica. Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos. Madrid, 2011.

28 MARTÍNEZ HERNÁNDEZ, Juan. "Historia clínica". Cuadernos de Bioética 2006; 17 (1):57-68. Si bien el jurista, a través de la Ley, determina la legitimidad del acceso, el médico debe moverse en el marco determinado por la Ley, pero con arreglo a los principios éticos que gobiernan su actuación.

Por lo demás, el acceso que a estos informes pudiera tener el resto de componentes, por ejemplo, del Equipo de Valoración de Incapacidades, que no son médicos, queda igualmente protegido por el secreto profesional al que les obliga, en su condición de funcionarios públicos, el art. 53.12 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público²⁹, teniéndose en cuenta además que no será un acceso a la historia clínica como tal, sino sólo y exclusivamente a aquellos contenidos de la misma que, previamente tratados por el médico inspector durante la instrucción del expediente, resultan relevantes para el procedimiento y a los que es imprescindible que accedan para poder atender las funciones que tienen encomendadas.

A pesar de lo expuesto sobre el amparo legal y limitaciones éticas, lo cierto es que son frecuentes las reticencias que suelen oponerse a que, por parte de los médicos inspectores de las Entidades Gestoras de la Seguridad Social, se acceda a la historia clínica, reticencias que suelen buscar justificación en aquellas situaciones en las que el paciente tiene interés en mantener fuera del conocimiento del médico inspector alguna circunstancia de la que sí hace partícipe al médico asistencial y que el médico asistencial considera que tiene que constar en la historia clínica. Debe el médico asistencial conocer el papel que la historia clínica tiene en estos procedimientos de incapacidad, y tener presente que esa historia, en tanto en cuanto se puedan contener en ella elementos relevantes para el procedimiento de reconocimiento o control de prestaciones por incapacidad, estará presente en un expediente administrativo que, incluso, puede llegar a los órganos de la jurisdicción social para que se pueda determinar la situación de eventual incapacidad laboral de su paciente. Este conocimiento de la realidad de los procedimientos no debe, sin embargo, inducir a una reducción de los contenidos de la historia clínica en aras a tratar de "evitar complicaciones" o prevenir un pretendido "deterioro" de la relación médico - paciente. Esta tendencia a la reducción de los contenidos de la historia clínica, que por otra parte no es exclusiva en relación con contenidos que puedan relacionarse con el ámbito de la incapacidad, supondría la pérdida de eficacia de la historia clínica; la "muerte de la historia clínica tradicional", que se acabaría convirtiendo, como resultado de una suerte de "medicina defensiva", en una mera compilación de datos analíticos y resultados cuantitativos. Una práctica que

29 Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público. Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, Boletín Oficial del Estado núm. 261, (31/10/2015).

condujese a ese resultado sería contraria a la ética médica³⁰, debiéndose por lo demás tener presente que la inexistencia de información o la existencia de una información insuficiente en una historia clínica no pueden ser obstáculo para que la Administración de la Seguridad Social cumpla con la misión que tienen encomendada en lo que se refiere a la gestión y control de las prestaciones conforme a lo dispuesto en el Ordenamiento Jurídico, y que como se expondrá, existen instrumentos adicionales que permiten completar la insuficiencia de información que pudiese constatarse en la historia clínica, sea cual sea la causa de tal insuficiencia.

VI. LA CUESTIÓN DE LAS ANOTACIONES SUBJETIVAS EN LA HISTORIA CLÍNICA

La Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, señala en su art. 18 que, en relación al derecho de acceso de los pacientes a la historia clínica, el médico puede oponerse al acceso a sus “anotaciones subjetivas”. Es preciso señalar que esta restricción de acceso opera frente a los pacientes (y frente a sus causahabientes en el caso de personas fallecidas), pero no frente a otros autorizados al acceso a la historia clínica, de los que no obstante cabría predicar, de forma coherente con la reserva legal mencionada, que mantienen la obligación de no proporcionar al paciente las anotaciones subjetivas que haya realizado cualquier profesional sanitario interviniente en la historia clínica.

No aporta sin embargo este texto legal una definición de lo que se ha de considerar como “anotación subjetiva”, ni mucho menos la forma de reservarlas. Sí podemos encontrar definiciones de las mismas en normas autonómicas. Así, la Ley 3/2005 de la Asamblea de Extremadura, de 8 de julio, de información sanitaria y autonomía del paciente³¹, señala que, a los efectos de lo dispuesto en esta Ley y en sus disposiciones de desarrollo, se entenderán por anotaciones subjetivas las impresiones de los profesionales sanitarios, basadas en la exclusiva percepción de aquéllos, y que, en todo caso, carecen de trascendencia para el conocimiento veraz y actualizado del estado de salud del paciente, sin que puedan tener la consideración de

un diagnóstico. Considerada esta definición legal, queda claro que:

1. Para que una anotación pueda considerarse subjetiva (en el sentido en el que permitiese su “reserva”), no basta con que se trate de una “impresión del profesional sanitario basada en su exclusiva percepción”. Si se pretendiese tal cosa, cualquier apreciación obtenida de la exploración clínica podría ser considerada una impresión procedente de la exclusiva percepción del profesional sanitario, y como tal, objeto de una “anotación subjetiva”.

2. Siguiendo la definición legal, en tanto en cuanto una observación que se recoja en la historia clínica tuviera trascendencia para el conocimiento “veraz y actualizado” del estado de salud del paciente, perdería el carácter de “anotación subjetiva” (en estricta aplicación del concepto legal transcrito).

El análisis de lo que debe conceptuarse o no como anotación subjetiva y cómo deben recogerse no es asunto baladí, ya que permite dar un tratamiento separado a lo que es y a lo que no es anotación subjetiva. En la línea de establecer claras diferencias formales, el Decreto 38/2012, de 13 de marzo, del Gobierno Vasco sobre historia clínica y derechos y obligaciones de pacientes y profesionales de la salud en materia de documentación clínica³² señala en su artículo 7.3 que las anotaciones subjetivas deberán quedar claramente identificadas respecto del resto de la información contenida en la historia clínica, todo ello con el fin de facilitar su disociación cuando ésta sea precisa y añade en el apartado 4 de ese mismo artículo una definición de anotación subjetiva: “las impresiones o valoraciones personales de las y los profesionales sanitarios no sustentadas directamente en datos objetivos o pruebas complementarias y que, en su criterio, resulten de interés para la atención sanitaria de la persona paciente”. Exige pues un doble elemento, uno formal (adecuada identificación sobre su carácter de anotación subjetiva) y otro material (a qué puede referirse una anotación subjetiva), para que podamos estar ante una anotación que pueda ser calificada como subjetiva.

En una línea más simple, y también con rango reglamentario, la Xunta de Galicia, mediante Decreto 29/2009, de 5 de febrero, por el que se regula el uso y acceso a la historia clínica electrónica³³, se

30 ALTISENT TROTA, Rogelio. “Ética, Deontología y Derecho: lógicas diferentes en una misma dirección”. *Atención Primaria* 2007; (39): 225 - 226.

31 Ley 3/2005 de la Asamblea de Extremadura, de 8 de julio, de información sanitaria y autonomía del paciente, *Diario Oficial de Extremadura*, núm. 82, (16/08/2005).

32 Decreto 38/2012, de 13 de marzo, sobre historia clínica y derechos y obligaciones de pacientes y profesionales de la salud en materia de documentación clínica, *Boletín Oficial del País Vasco* núm. 65, (29/05/2012).

33 Decreto 29/2009, de 5 de febrero, por el que se regula el uso y acceso a la historia clínica electrónica, *Diario Oficial de la*

decanta en su art. 21 por una definición basada en su contenido material al establecer que se entiende por anotaciones subjetivas las “valoraciones personales, sustentadas o no en los datos clínicos de que se disponga en ese momento, que no formando parte de la historia clínica actual del / de la paciente o usuario/a, puedan influir en el diagnóstico y futuro tratamiento médico una vez constatadas”.

Y sin ánimo de agotar la enumeración de normas autonómicas, la Resolución de 27/02/2009, de la Dirección Gerencia, mediante la que se aprueba la Circular 1/2009, sobre uso, acceso, cesión de datos y conservación de la historia clínica en el ámbito del SESCAM (Servicio de Salud de Castilla – La Mancha)³⁴, vuelve a acudir al criterio del contenido material cuando, en su apartado 4.3.7b) considera como anotaciones subjetivas sólo aquellas que puedan encuadrarse en algunos de los supuestos que se explicitan:

- Valoraciones sobre hipótesis diagnósticas no demostradas.
- Sospechas acerca de incumplimientos terapéuticos.
- Sospechas de tratamientos no declarados.
- Sospechas de hábitos no reconocidos.
- Sospechas de haber sido víctima de malos tratos.
- Comportamientos insólitos.

No obstante, la propia circular, en el procedimiento de acceso a las historias clínicas en formato electrónico, da a entender la existencia de un apartado específico reservado a tales anotaciones subjetivas, por lo que al criterio material ha de sumarse la calificación formal que, “*de facto*”, hará el profesional sanitario al efectuar la anotación en tal apartado.

Por otra parte, alejándonos de las definiciones jurídicas y abordando el tema desde la perspectiva de los comités de ética médica, se ha de mencionar que podemos encontrar pronunciamientos especialmente críticos con la reserva de tales anotaciones “subjetivas” recogidas en la historia clínica³⁵.

Xunta de Galicia, núm. 34, (18/02/2009).

34 Resolución de 27/02/2009, de la Dirección Gerencia, mediante la que se aprueba la Circular 1/2009, sobre uso, acceso, cesión de datos y conservación de la Historia clínica en el ámbito del SESCAM, Diario Oficial de Castilla la Mancha, núm. 120, (23/06/2009).

35 HERNANDO, Pablo, SEOANE José Antonio, DE ASÍS José Francisco. “La reserva de las anotaciones subjetivas: ¿derecho o privilegio?” Revista de calidad asistencial 2006; 21(1): 31-38.

Visto que no existe un consenso sobre lo que se debe considerar una “anotación subjetiva” ni siquiera sobre el rango normativo que tal definición debe tener, debe establecerse, acaso en el nivel operativo, el manejo de una información que, por su propia naturaleza, debería quedar fuera del procedimiento administrativo que tiene como exclusiva finalidad determinar con la mayor certeza posible la situación funcional del trabajador.

En esta necesidad de conjugar el interés público (el interés común; en definitiva) con el derecho a la reserva de tales anotaciones subjetivas, parece razonable exigir que cualquier anotación sobre la que se pretenda la calificación de “subjetiva” y que, por tanto, pueda entenderse que debe quedar fuera del procedimiento administrativo, deba estar limitada en cuanto a su contenido material, siendo así que, de los distintos planteamientos recogidos en las normas autonómicas expuestas, parece muy razonable el concepto que subyace en la definición aportada por la ley extremeña, de forma que sólo podría considerarse como tal anotación subjetiva, desde el punto de vista del derecho a oponer su reserva al derecho de acceso por parte del paciente, aquella información que no resultase imprescindible para el conocimiento veraz y actualizado del estado de salud del mismo. Admitir definiciones que dieran pie a una aplicación expansiva del concepto de anotación subjetiva y que fueran aplicables “*ad hoc*” a la incorporación de la historia clínica a los procedimientos de incapacidad podría desvirtuar la finalidad que se persigue en estos procedimientos con la incorporación de la historia clínica, finalidad que no es otra que la de determinar la realidad clínico – funcional del trabajador. Quedaría por ver qué rango normativo debe revestir esta definición para aportar una solución válida en el tema que nos ocupa, si bien parece lógico que, si se trata de aplicar una Ley del Estado (la Ley General de la Seguridad Social), y más existiendo una disposición legal estatal, la Ley 41/2002, que con carácter básico regula la historia clínica, sea esta última ley la que incorpore la definición material de anotación subjetiva, evitándose así que según el ámbito autonómico en el que se aplique la Ley General de la Seguridad Social en lo que se refiere a procedimientos de incapacidad, la información clínica que se pueda incorporar al procedimiento sea una u otra.

Además de este criterio material, la operativa diaria de trabajo precisa una correcta e indubitada diferenciación de lo que el profesional sanitario califica inicialmente como anotación subjetiva, si bien esta calificación tan sólo podría reputarse válida en tanto en cuanto se verificase la definición material que se adopte, que como hemos defendido, debería revestir carácter de ley. De esta manera, para que

una anotación pudiera ser efectivamente considerada como “subjetiva” sería además necesario que tal anotación constase como tal desde una perspectiva formal; bien efectuándose tales anotaciones en la parte de la historia clínica reservada a las mismas bien, al menos, haciendo constar ese carácter en el documento correspondiente, y todo ello independientemente del soporte físico de la historia clínica; en papel o en las ya prácticamente generalizadas historias electrónicas.

VII. LA AMPLIACIÓN DE LA INFORMACIÓN MÉDICA DISPONIBLE: SOLICITUDES DE INFORMACIÓN CLÍNICA Y EXPLORACIONES INDICADAS POR EL MÉDICO INSPECTOR

La finalidad primaria de la historia clínica es la asistencia sanitaria, siendo así que el recurso a la misma en el marco de la gestión de las prestaciones por incapacidad es un uso “colateral”, sin que quepa considerar en este caso que “colateral” pueda ser sinónimo de “secundario”. No obstante haber centrado nuestra exposición en la historia clínica, lo cierto es que el art. 8.1 de la Orden de 18 de enero de 1996 para la aplicación y desarrollo del Real Decreto 1300/1995, de 21 de julio, sobre incapacidades laborales del sistema de la Seguridad Social, prevé la incorporación al procedimiento, más allá de la propia historia clínica, de los informes de otros facultativos que haya aportado el interesado, informes que se suman así al conjunto de los que están accesibles por parte del médico inspector, pero que tienen un matiz: al haber sido aportados por el interesado, no cabe plantearse valoración alguna acerca de la legitimidad con la que acceden al procedimiento, debiéndose incorporar sin más al mismo con independencia de las valoraciones que sobre tales informes proceda efectuar.

A pesar del importante volumen de información médica que suele estar disponible al considerar en su conjunto lo contenido en la historia clínica y lo que puede aportar el trabajador, lo cierto es que el procedimiento administrativo tiene sus propias necesidades de prueba, que pueden no ser coincidentes con las necesidades que plantea el proceso asistencial. Los protocolos habituales de evaluación médica exigen en muchos casos estudios que no son necesarios para el diagnóstico o el tratamiento y que, por lo tanto, no se han efectuado en el ámbito asistencial. En otros casos, sin que sea este el lugar de analizar las causas, los contenidos de la historia clínica son insuficientes para poder establecer, con los adecuados niveles de certeza, cual es la situación clínico – funcional del trabajador. Es por ello

que el procedimiento administrativo en materia de incapacidad incorpora una previsión específica para aquellos casos en los que, a pesar de la información disponible no se tuviesen los elementos de juicio suficientes, pueda requerirse la información médica necesaria. Así, el art. 8.2 de la Orden de 18 de enero de 1996 para la aplicación y desarrollo del RD 1300/1995 permite al médico inspector dirigirse (a través de la Dirección Provincial del INSS), entre otros, al servicio público de salud o a la MCSS que haya prestado atención sanitaria al trabajador (o efectuado el seguimiento y control del proceso de IT) para que se emitan los informes médicos o se realicen los estudios complementarios que sean precisos para formular las conclusiones sobre la capacidad laboral del trabajador. Esta facultad de obtener ampliaciones de la información disponible tiene como finalidad impedir que una historia clínica insuficiente sea obstáculo para que el trabajador acceda a las prestaciones a las que tiene derecho o que, por el contrario, pudiera acceder a prestaciones sin que concurriesen los requisitos exigibles para ello.

Será por tanto el médico inspector el que, en función del caso concreto, podrá requerir, más allá de la historia clínica, la información necesaria a los servicios sanitarios, pudiéndose incluso llegar a la formulación de preguntas concretas y cerradas al médico asistencial. En esta cuestión resulta evidente que no puede ni debe solicitarse información de forma indiscriminada; si el acceso a la historia clínica está justificado en tanto en cuanto sea pertinente la información a la que se accede para la finalidad pretendida³⁶, este principio de pertinencia debe regir también para aquellas ampliaciones de información que se soliciten, sin que quepan peticiones indiscriminadas ni más allá de las necesidades que vengan determinadas por el objeto del procedimiento: determinar la situación clínico – funcional del trabajador.

Estos requerimientos para que se emitan los informes necesarios para formular conclusiones en el informe del médico inspector necesariamente han de ser atendidos por el médico asistencial, debiéndose tener en todo caso presente:

- a) Que los médicos inspectores adscritos al INSS tienen consideración de Autoridad Pública en el ejercicio de sus funciones (Art. 124 del Decreto 2065/1974, de 30 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social en la redacción dada por el art. 23 de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del

³⁶ Grupo de trabajo de bioética de la semFYC. “Declaración de la Sociedad Española de Medicina de Familia y Comunitaria. Informatización y confidencialidad de la historia clínica”. Aten Primaria 2004; 34(3): 140-142.

orden social³⁷, y que conserva en este momento vigencia autónoma al no haberse refundido sus normas en el actual Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad social aprobado en 2015 ni haberse derogado expresamente).

b) Que la desatención al requerimiento de información necesaria para establecer la situación funcional del trabajador en el marco de la instrucción de un procedimiento de incapacidad (y es irrelevante que se trate de IT o IP), podría subsumirse en la conducta de denegación de auxilio a la autoridad, tipificada en el art. 412 del vigente Código Penal (CP)³⁸, que señala, para el que en el referido tipo penal incurriese, penas de multa de 3 a 12 meses, así como la suspensión para el ejercicio de empleo o cargo público de 6 meses a 2 años, y todo ello sin perjuicio de las sanciones disciplinarias que pudiesen imponerse en aplicación del régimen sancionador previsto para la infracción de las obligaciones del personal estatutario de los servicios de salud para el caso de desatención de sus funciones a tenor de lo previsto en el art. 72 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud³⁹, sanciones que serían compatibles e independientes de las penas que se pudieran imponer en virtud del precitado art. 412 CP, ya que el tipo penal y la norma disciplinaria protegen distintos bienes jurídicos y, por tanto, son compatibles al no incurrirse con la sanción simultánea en la prohibición de “*non bis in idem*”.

VIII. CONCLUSIÓN

La necesidad de garantizar que las prestaciones económicas por incapacidad lleguen a quienes deben

37 Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social. Boletín Oficial del Estado, núm. 312, (30/12/1999).

38 Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, Boletín Oficial del Estado, núm. 281, (24/11/1995). El tipo penal sanciona la falta de cooperación, en este caso, solicitada desde la Administración pública. Se protege con esta tipificación penal el deber de colaboración entre los distintos sectores de la Administración pública para lograr un eficaz cumplimiento de las funciones públicas. No sería necesario, para considerar la existencia del tipo penal, contar con una negativa expresa a dar respuesta al requerimiento; podrían ser también constitutivas de la conducta ilícita recogida en el tipo penal las actitudes de “resistencia pasiva”, como la imposición de tales dificultades que se impida en la práctica dar cumplimiento a lo requerido, así como el silencio prolongado sin atender a la petición, como así se recoge en la STS 3905/1993 (ECLI:ES:TS:1993:3905).

39 Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud, Boletín Oficial del Estado núm. 301, (17/12/2003).

llegar y en las condiciones prescritas por las leyes, hace imprescindible que se disponga, por parte de la Administración de la Seguridad Social, de una información clínica adecuada, información que ha de fundamentar las decisiones que se adopten en materia de reconocimiento de prestaciones y en las actuaciones de control de las ya reconocidas. La posibilidad de acceso telemático a la historia clínica por parte de los médicos inspectores que intervienen en los procesos de reconocimiento y control de dichas prestaciones es fundamental a la hora de proporcionar a la Administración de la Seguridad Social las herramientas necesarias para adoptar, en cada caso, la resolución administrativa que proceda en orden a tales prestaciones.

El Ordenamiento Jurídico proporciona los instrumentos y garantías necesarias para que se puedan incorporar a los expedientes administrativos datos referidos a la salud de los trabajadores en relación a los cuales se están tramitando las prestaciones o se llevan a cabo actuaciones de control de las prestaciones que perciben, instrumentos que resultan acordes con los principios éticos que gobiernan la actuación de los profesionales sanitarios, tanto de los que intervienen en la confección de la historia clínica desde el proceso asistencial como la de los profesionales que precisan utilizar esa información clínica para evaluar la capacidad laboral de los trabajadores. El tratamiento descrito para la historia clínica en el ámbito de las prestaciones por incapacidad gestionadas por la Seguridad Social resulta acorde con el derecho de toda persona a que se respete el carácter confidencial de los datos referentes a su salud y a que nadie pueda acceder a ellos sin previa autorización amparada por la Ley, derecho reconocido en el art. 7.1 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, y que se integra dentro del derecho fundamental a la intimidad constitucionalmente reconocido.

La información médica que se incorpora al expediente administrativo debe en todo caso venir condicionada por su pertinencia considerada la finalidad del procedimiento, de manera que el expediente administrativo no se convierta en una exposición gratuita de la intimidad médica del trabajador, sino sólo de aquella información necesaria para garantizar la adecuada fundamentación de la resolución que se adopte en el marco del procedimiento administrativo, actuando el médico inspector que interviene en el procedimiento como garante del derecho a la intimidad en aplicación de la norma y de los principios éticos que rigen el acceso y utilización de la información contenida en la historia clínica. El hecho de que la historia clínica sea un elemento

de prueba en los procedimientos administrativos que sobre incapacidad laboral gestiona la Seguridad Social no debe suponer merma alguna de la especial protección que la Ley le dispensa a la historia clínica.

El correcto funcionamiento del sistema de prestaciones requiere de una adecuada relación entre los servicios asistenciales y los servicios de inspección o las unidades médicas del INSS encargadas de la emisión de informes de valoración clínico – laboral y del control de las prestaciones desde el punto de vista sanitario, siendo la historia clínica el principal elemento en torno al cual se articula esa relación. Cada uno desde la posición que ocupa en el sistema, se trate de un médico asistencial o de un médico inspector, tiene una responsabilidad en el buen funcionamiento y gestión del sistema de protección social de las situaciones de incapacidad laboral, responsabilidad que sin duda se manifiesta en la adecuada confección y utilización de la historia clínica.

IX. ABREVIATURAS

- CC. AA: Comunidades Autónomas.
- CP. Código Penal.
- EVI: Equipo de Valoración de Incapacidades.
- INSS. Instituto Nacional de la Seguridad Social.
- IP. Incapacidad permanente.
- ISM. Instituto Social de la Marina.
- IT. Incapacidad temporal.
- MCSS. Mutua Colaboradora con la Seguridad Social.
- SESCAM. Servicio de Salud de Castilla la Mancha
- TC. Tribunal Constitucional.