

LA SEGURIDAD JURÍDICA EN TIEMPOS COVID: UN VALOR EN ALZA*

**Vicente
Lomas Hernández**

*Jefe de Servicio de Coordinación Jurídica
Sescam*

SUMARIO

I. Responsabilidad sanitaria por contagios de profesionales sanitarios de la sanidad pública y medidas para evitar desabastecimientos de EPIs. II. Protección de datos personales en tiempos de pandemia. III. Facturación por prestación de asistencia sanitaria a pacientes COVID del mutualismo administrativo. IV. Derechos de los pacientes en tiempos COVID.

RESUMEN

A lo largo de presente exposición, con la finalidad de propiciar el debate, se formulan de forma resumida las problemáticas jurídicas surgidas en torno al Covid con repercusión directa en los servicios públicos de salud, agrupadas en cuatro bloques temáticos, todos ellos con un común denominador: la pandemia COVID y la incertidumbre jurídica asociada.

PALABRAS CLAVE

Responsabilidad-prevención de riesgos-facturación-pacientes- profesionales sanitarios.

ABSTRACT

Throughout this presentation, in order to promote debate, the legal problems that have arisen around the Covid with direct repercussions on public health services are formulated in a summarized way, grouped into four thematic blocks, all of them with a common denominator: the COVID pandemic and associated legal uncertainty.

KEYWORDS

Responsibility-risk prevention-billing-patients-health professionals.

* Resumen de la intervención en la mesa “Los servicios jurídicos del Sistema Nacional de Salud ante la pandemia: recursos humanos, contratación pública de emergencia, información web, redes sociales y protección de datos.

I. RESPONSABILIDAD SANITARIA POR CONTAGIOS DE PROFESIONALES SANITARIOS DE LA SANIDAD PÚBLICA Y MEDIDAS PARA EVITAR DESABASTECIMIENTOS DE EPIS

Los profesionales sanitarios han sido uno de los colectivos más duramente castigados por la pandemia, particularmente durante los primeros meses cuando, debido a los graves problemas de abastecimiento de equipos de protección individual en el conjunto del Sistema Nacional de Salud, se elevó considerablemente el número tanto de profesionales enfermos como fallecidos por Covid. En este escenario la pregunta obligada sería, ¿es posible canalizar las reclamaciones de indemnizaciones presentadas ante las Administraciones sanitarias por pacientes/familiares, por la vía de la reclamación patrimonial?

Tanto el ATS núm. 12/2019 de 6 de mayo de 2019 y la posterior STS de 24 de junio de 2019 nº 483/2019, rec. 123/2018 han confirmado, en interpretación del art. 2.e) de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, que corresponde a esta jurisdicción el conocimiento de este tipo de reclamaciones.

Sin embargo la reciente STS de 8 de octubre de 2020, nº 1271/2020, rec. 91/2020 parece reabrir el debate al dejar entreabierto la puerta a que este tipo de reclamaciones puedan ventilarse ante el orden contencioso-administrativo, lo que reviste gran importancia si tenemos en cuenta las diferentes reglas que rigen en uno y otro orden jurisdiccional, siendo más favorable el orden contencioso-administrativo a los intereses de la Administración frente al carácter tradicionalmente tuitivo del orden social.

En este contexto la siguiente cuestión estrechamente relacionada con la anterior que se traslada al plenario es la relativa a qué Administraciones son las que deberían tramitar los correspondientes expedientes de responsabilidad patrimonial, si la Administración sanitaria empleadora, o si por el contrario estaríamos ante un supuesto típico de responsabilidad concurrente del art. 33 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público –tramitación conjunta del expediente administrativo- o incluso directamente, si cabría considerar que dicha tramitación y resolución debiera corresponder en exclusiva al Ministerio de Sanidad.

A favor de este último argumento cabría argüir que durante el primer estado de alarma quién asumió la responsabilidad de realizar las compras necesarias de material de protección fue el Ministerio de Sanidad, de modo que la mayoría de las CCAA tuvieron poco margen de maniobra en este sentido.

Asimismo, y respecto del segundo estado de alarma, el nivel de incidencia de los contagios entre profesionales sanitarios bajó considerablemente, y en todo caso las actuaciones aprobadas por los presidentes autonómicos en su condición de autoridad delegada se circunscribieron, también en la mayoría de los casos, a reproducir en sus respectivos ámbitos territoriales las decisiones adoptadas por la Administración estatal.

No obstante conviene precisar que la tramitación de estas reclamaciones a través del instituto de la responsabilidad patrimonial no está exenta de problemas e inconvenientes para la Administración, téngase en cuenta que la mayoría de los tribunales rechazan que se pueda apreciar en estos casos la existencia tanto de fuerza mayor, como del supuesto de los riesgos del desarrollo (art. 34.1 de la Ley 40/2015).

En relación con los graves problemas de abastecimiento de material de protección a los que me he referido anteriormente, en la CA de Castilla-La Mancha se ha aprobado la Ley 8/2020, de 16 de octubre, por la que se crea la reserva estratégica de productos sanitarios en Castilla-La Mancha. Al hilo de esta ley ¿estamos ante una iniciativa que debiera generalizarse en el resto del territorio del SNS?

El ahora ex ministro de Sanidad, Salvador Illa informaba en junio del pasado año que en el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud (SNS) se había instado a las comunidades autónomas “a mantener activos los procesos de compras de material sanitario para hacer frente a necesidades futuras y conformar su propia reserva estratégica”. Este mismo objetivo es el que se ha recogido tanto en el Plan de respuesta temprana en un escenario de control de la pandemia por covid-19, como en el Dictamen de la Comisión para la Reconstrucción Social y Económica del Congreso de los Diputados, en concreto “organizar una red nacional de depósitos de reserva de material sanitario estratégico, distribuido por el territorio, en coordinación con las comunidades autónomas...”.

II. PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES EN TIEMPOS DE PANDEMIA

El segundo bloque de mi intervención gira en torno a la protección de datos sanitarios en tiempos de pandemia, y del que destacaré tres temas:

- a) El uso generalizado de la telemedicina.
- b) Los proyectos de investigación biomédica

con datos seudonimizados sin consentimiento del paciente.

- c) El acceso a los sistemas de información sanitaria por parte de los “rastreadores”.

En relación con la telemedicina se ha puesto de manifiesto la falta de un marco normativo a nivel nacional, y las inevitables y consiguientes dudas que suscita la puesta en marcha de esta modalidad de prestación de servicios sanitarios. Así, desde la perspectiva de los derechos del paciente, cabría preguntarse ¿es preciso recabar el consentimiento del paciente conforme a la legislación de protección de datos personales? Téngase en cuenta que el consentimiento no constituye base jurídica para el tratamiento de datos personales de los pacientes que acuden a las consultas en modalidad presencial en centros sanitarios, luego ¿por qué motivo recabar el consentimiento?. Y desde la perspectiva del consentimiento, pero como expresión de la capacidad de autodeterminación decisoria con ocasión de la aplicación de una técnica, tecnología o procedimiento asistencial, ¿se debe recabar el consentimiento del paciente para que pueda iniciarse la video-consulta, teniendo en cuenta que de la misma no se van a derivar riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre su salud?

Desde la óptica laboral del propio profesional sanitario afectado, ¿podría negarse a atender a sus pacientes en formato telemático? ¿podríamos asistir a un eventual conflicto entre la autonomía científica y técnica del profesional sanitario, que considere que este recurso asistencial resulta contrario a la *lex artis* por comprometer en ciertos casos la calidad de la asistencia y la seguridad del paciente, frente a lo que sería el ejercicio legítimo por la Administración sanitaria de su potestad organizativa?

En cuanto a la investigación biomédica en tiempos COVID se ha suscitado la siguiente interrogante, si es o no posible proceder al tratamiento de datos personales de pacientes COVID con estos fines investigadores a partir de la técnica de seudonimización, sin tener por ello que recabar el consentimiento del paciente. Me estoy refiriendo a estudios distintos de aquellos previstos en la DA 17.^a 2 b)¹ de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales que, recordemos, sí permiten a las autoridades sanitarias e instituciones públicas con competencias en vigilancia de la salud pública, realizar estudios

¹ Las autoridades sanitarias e instituciones públicas con competencias en vigilancia de la salud pública podrán llevar a cabo estudios científicos sin el consentimiento de los afectados en situaciones de excepcional relevancia y gravedad para la salud pública.

científicos sin el consentimiento de los afectados en situaciones de excepcional relevancia y gravedad para la salud pública.

Antes de proseguir con la exposición, convendría efectuar una básica aclaración terminológica en torno a los conceptos “dato anonimizado” y “dato seudonimizado”; un dato anonimizado es un dato que pierde su condición de dato personal, mientras que en cambio un dato seudonimizado conserva dicha condición y, por tanto, su tratamiento quede sujeto a la legislación de protección de datos personales.

Así pues, la cuestión a debatir sería si en el ámbito de la investigación biomédica el tratamiento de un dato personal seudonimizado en los términos previstos en la mencionada disposición adicional, constituye o no por sí misma una base jurídica alternativa al consentimiento del paciente.

La respuesta nos la proporciona la Agencia Catalana de Protección de Datos en su Dictamen 15/2019 de 14 de mayo, que concluye afirmando que “*El tratamiento de datos seudonimizados para fines de investigación biomédica (apartado 2.d) de la DA 17^a), puede encontrar suficiente habilitación en bases jurídicas diferentes a la del consentimiento (artículo 6.1, apartados e) yf), y artículo 9.2, apartado j), en conexión con el artículo 89.1 RGPD). Cuando concurren las circunstancias previstas en el apartado 2 d) de la DA 17^a del LOPDGD, no será imprescindible el consentimiento de los afectados para llevar a cabo el tratamiento de datos de salud seudonimizados*”.

En esta misma línea parece ir, a su vez, el Comité de Bioética de España al señalar en su dictamen sobre los requisitos ético-legales en la investigación con datos de salud y muestras biológicas en el marco de la pandemia de covid-19, que “*Puede autorizarse el uso secundario de los datos de salud y de las muestras biológicas sin que sea exigible obtener un nuevo consentimiento expreso de los sujetos fuente o, en el caso de las personas fallecidas, de sus representantes legales. Los datos de salud y muestras biológicas procedentes de centros sanitarios que hayan intervenido en el tratamiento de pacientes infectados con el virus SARS-CoV-2 deben considerarse, con carácter general, datos de origen lícito, al presumirse que los pacientes han prestado su consentimiento al tratamiento o ha concurrido alguna de las excepciones al consentimiento legalmente previstas*”.

Finalizo este segundo bloque con la mención a la decisiva y trascendental figura del “rastreador”, que en cambio, al igual que veíamos con la

telemedicina, adolece de una regulación clara que nos permita conocer el perfil profesional que debe tener. Resulta llamativo el contraste entre esta ausencia de regulación de estos profesionales, con la enorme relevancia que han adquirido en la lucha contra la pandemia, y los privilegios concedidos en el conjunto del SNS para permitirles tener acceso completo a los sistemas de información sanitaria, con clara afectación de los derechos fundamentales a la intimidad y a la protección de datos personales.

III. FACTURACIÓN POR PRESTACIÓN DE ASISTENCIA SANITARIA A PACIENTES COVID DEL MUTUALISMO ADMINISTRATIVO

En el siguiente bloque me referiré a la problemática planteada desde el punto de vista de la facturación por la asistencia sanitaria prestada en centros sanitarios públicos a pacientes COVID con condición de mutualistas (MUFACE-MUGEJU-ISFAS), que hayan optado por la sanidad privada².

La primera cuestión sería si es posible en estos casos, distinguir entre dos posibles supuestos:

- a) Facturación a mutualista paciente COVID hospitalizado.
- b) Facturación a mutualista por la realización en centro sanitario público de prueba diagnóstica para la detección del COVID (PCR).

En el primer caso se podría entender que estos gastos sanitarios deberían ser asumidos por la Administración sanitaria trayendo a colación el hecho de que la cartera de servicios del mutualismo administrativo, y por ende, de las prestaciones que conforman el contenido de los conciertos vigentes con las entidades aseguradoras, excluye este tipo de prestaciones sanitarias por COVID-19.

Es cierto que la disposición adicional cuarta de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, establece “*En materia de salud pública, se exceptúan de la Cartera de Servicios del Sistema Nacional de Salud en el ámbito de dichas Mutualidades las actuaciones de vigilancia epidemiológica, protección y promoción de la seguridad alimentaria, protección y promoción de la sanidad ambiental, vigilancia y control de los riesgos derivados de la importación y tránsito de*

bienes y viajeros, y las acciones generales de protección y promoción de la salud relacionadas con la prevención y abordaje de las epidemias y catástrofes”. Ahora bien, téngase en cuenta que la cartera de servicios de salud pública, a tenor de lo previsto en el art. 11.2 de la Ley³, comprende actuaciones orientadas fundamentalmente a la promoción y prevención de la enfermedad, sin que nada establezca respecto a las actuaciones de curación propiamente dicha. Así pues ¿sería posible diferenciar entre las actuaciones asistenciales derivadas de COVID (por ejemplo la estancia en UCI y los cuidados y tratamientos asociados), que se deberían facturar, de lo que serían actuaciones de naturaleza epidemiológica (por ejemplo la realización de una PCR), en cuyo caso no se podría cobrar?

En cuanto a la segunda cuestión planteada, cabría diferenciar a su vez dos posibles contextos:

Si el paciente mutualista que ha optado por la sanidad privada presentase síntomas compatibles con la enfermedad y decidiese acudir directamente a la sanidad pública.

¿Sería posible emitir factura? y en caso afirmativo ¿únicamente por la prueba diagnóstica, o también habría que incluir el acto clínico asociado a su realización?, y finalmente ¿quién sería el destinatario de la factura? En principio podría ser el propio paciente salvo que concurra

³ La prestación de salud pública comprende las siguientes actuaciones:

a) La información y la vigilancia en salud pública y los sistemas de alerta epidemiológica y respuesta rápida ante emergencias en salud pública.

b) La defensa de los fines y objetivos de la salud pública que es la combinación de acciones individuales y sociales destinadas a obtener compromisos políticos, apoyo para las políticas de salud, aceptación social y respaldo para unos objetivos o programas de salud determinados.

c) La promoción de la salud, a través de programas intersectoriales y transversales.

d) La prevención de las enfermedades, discapacidades y lesiones.

e) La protección de la salud, evitando los efectos negativos que diversos elementos del medio pueden tener sobre la salud y el bienestar de las personas.

f) La protección y promoción de la sanidad ambiental.

g) La protección y promoción de la seguridad alimentaria.

h) La protección y promoción de la salud laboral.

i) La evaluación de impacto en salud.

j) La vigilancia y control de los posibles riesgos para la salud derivados de la importación, exportación o tránsito de bienes y del tránsito internacional de viajeros.

k) La prevención y detección precoz de las enfermedades raras, así como el apoyo a las personas que las presentan y a sus familias.

La prestación de salud pública incluirá, asimismo, todas aquellas actuaciones singulares o medidas especiales que, en materia de salud pública, resulte preciso adoptar por las autoridades sanitarias de las distintas Administraciones públicas, dentro del ámbito de sus competencias, cuando circunstancias sanitarias de carácter extraordinario o situaciones de especial urgencia o necesidad así lo exijan y la evidencia científica disponible las justifique.

² Sentencias favorables a la Administración sanitaria: SJC-A de Valladolid nº 2 de 20 de abril de 2021, nº 90/2021 nº rec 172/2020, y SJC-A de Valladolid nº 3 de 9 de diciembre de 2020, nº 144/2020, nº rec 128/2020.

alguno de los siguientes supuestos a) urgencia vital, b) autorización de la entidad, o c) que se trate de localidades comprendidas dentro del ámbito de aplicación del convenio de colaboración con las entidades del mutualismo administrativo para la prestación de asistencia sanitaria en zonas rurales.

Por el contrario, si el paciente mutualista acudiese a un centro sanitario público por indicación de la propia Administración (Consejería con competencias en materia de salud/sanidad, a instancia de los rastreadores) en un contexto de vigilancia epidemiológica, no sería posible facturar la PCR ni el acto clínico asociado (la intervención de los profesionales de enfermería).

IV. DERECHOS DE LOS PACIENTES EN TIEMPOS COVID

Finalizo mi exposición con un último bloque relativo a los derechos de los pacientes trasladando a los asistentes esta otra interrogante, ¿deben los profesionales sanitarios, por ejemplo facultativos especialistas de cirugía, informar y recabar del paciente su consentimiento informado específico sobre los riesgos de contraer COVID en el quirófano? ¿Podríamos considerar que estamos en estos casos ante una infección nosocomial? Y de ser la respuesta afirmativa, ¿resultaría aplicable el criterio recogido en la STS de 5 de febrero, nº 140/2021, rec. 3935/2019, que declara que “la falta de información al paciente que va a ser intervenido quirúrgicamente del posible riesgo de infección hospitalaria, supone el incumplimiento del deber de obtener el consentimiento informado en las condiciones legalmente establecidas.”?

Este pronunciamiento judicial adquiere más importancia aún si cabe en el contexto actual de pandemia, si tenemos en cuenta que el Ministerio de Sanidad, en el documento *RECOMENDACIONES PARA LA PROGRAMACIÓN DE CIRUGÍA EN CONDICIONES DE SEGURIDAD DURANTE EL PERIODO DE TRANSICIÓN DE LA PANDEMIA COVID-19*, se decía respecto del consentimiento informado:

- a) Se informará al paciente de los riesgos específicos de su intervención quirúrgica, así como del riesgo de contagio y complicaciones derivadas de posibles infecciones nosocomiales y especialmente de la infección por el nuevo coronavirus.
- c) Se informará al paciente del balance beneficio-riesgo y las consecuencias que puede

tener la suspensión o demora en la intervención.

Para ello se podría incluir dicha información en el consentimiento informado específico del procedimiento quirúrgico del paciente.

- d) No obstante, el médico que informa anotará en la Historia Clínica del paciente la información aportada y aceptada por el paciente.

En este sentido se incluyeron en los documentos de consentimientos informados cláusulas específicas, como en el caso del Servicio Navarro de Salud con el siguiente tenor literal:

“En condiciones normales los protocolos estrictos de higiene y esterilización permiten asegurar la bioseguridad necesaria al paciente y equipo sanitario. En esta circunstancia excepcional derivada de la PANDEMIA del COVID-19, dado el alto riesgo de transmisión infecciosa del virus, la cercanía física del personal sanitario al paciente para los tratamientos e intervención quirúrgica y la generación inevitable de aerosoles en quirófano aún con todos los medios de protección, seguridad e higiene disponibles, NO es posible asegurar un RIESGO NULO de transmisión del COVID-19.

Es importante que conozca el riesgo de infección por COVID-19 y la posibilidad de desarrollar complicaciones pulmonares en este contexto de pandemia por COVID-19.

Si bien nos es imposible conocer con certeza el riesgo que entraña demorar más la cirugía frente al riesgo de contraer una infección por COVID-19 durante su estancia hospitalaria, en su caso concreto, el equipo médico que le atiende, así como el conjunto de profesionales que ha valorado su caso, considera que los beneficios potenciales superan a los riesgos, por lo que le proponemos ser intervenido”.

Cierro mi intervención con esta otra situación que, si bien afortunadamente no resulta muy habitual, ya comienza a darse en los centros sanitarios: paciente que acude al servicio de urgencias de un centro hospitalario y manifiesta expresamente su negativa a someterse al protocolo anti-Covid del centro, que exige la realización de la correspondiente prueba diagnóstica ¿Debe prevalecer la autonomía del paciente sobre la seguridad y salud laboral de los profesionales sanitarios? ¿Es posible ingresar al paciente en las condiciones que exige, poniendo en riesgo la salud del resto de los pacientes?