

COVID-19

GUÍA
LEGAL PARA
PROFESIONALES
SANITARIOS



CONTENIDO

1. Antecedentes
2. Derechos de los trabajadores del sector sanitario
3. Obligaciones incumplidas por la Administración
4. Posibles delitos cometidos contra los trabajadores sanitarios
5. ¿Qué se puede obtener con la reclamación patrimonial a la Administración?

Presentación

Los profesionales sanitarios de nuestro país han liderado, con un enorme esfuerzo, la respuesta a un desafío nunca antes vivido en la España moderna, el causado por la crisis del Covid-19. Lamentablemente, muchas veces lo han hecho con riesgo para sus propias vidas por la falta de diligencia de los poderes públicos responsables de cuidarlos. Para proteger sus derechos y defender sus intereses, en LEAN hemos elaborado esta guía legal para todos los profesionales sanitarios asistenciales recogidos en la Ley 44/2003 de ordenación de las profesiones sanitarias. Aquí podrán encontrar información actualizada y la respuesta a todas las dudas que puedan tener sobre sus derechos laborales, la responsabilidad de la administración en su falta de protección o las posibles vías de reclamación que tienen a su alcance. Nuestra intención es, ahora más que nunca, ofrecer el mejor servicio posible a quienes más nos han cuidado en estos tiempos de dificultad.

LEAN Abogados



I. Antecedentes

I.1. Irrupción del Covid-19 en España

El pasado mes de diciembre supimos de la incidencia de un nuevo virus, conocido como Covid-19, en la ciudad china de Wuhan y de su rápida propagación por buena parte de aquel país. **El virus parecía algo lejano hasta que el 21 de febrero** surgió un brote en las regiones italianas de Lombardía y Véneto que, sólo cinco días después, el 26 de febrero, había causado ya la muerte de 12 personas e infectado a otras 438. El 7 de marzo esas cifras habían crecido hasta llegar a los 5.800 contagios y los 233 fallecidos, lo que provocó que el gobierno italiano decretara un aislamiento de varias regiones al norte del país que afectó a 16 millones de personas.

En España, **el primer paciente registrado en con coronavirus Covid-19 se conoció el 31 de enero**. El 26 de febrero la Generalitat de Cataluña confirmaba el primer caso de coronavirus en nuestro país. Nueve días después, el 7 de marzo, el Ministerio de Sanidad contabiliza 430 personas contagiadas y 8 fallecidas, con casos en todas las comunidades autónomas excepto Murcia. Con semejantes datos, **era fácil imaginar que seguiríamos el camino de Italia**. Sin embargo, en sólo 10 días nuestras cifras superaron con creces a las de aquel país. España llegó al 17 de marzo con más 11.000 contagios y casi 500 fallecidos.

I.2. ¿Qué conocían los expertos?

El 10 de febrero, un Informe Técnico emitido por el Centro de Coordinación de Alertas y Emergencias Sanitarias (CCAES) y firmado, entre otros responsables, por Fernando Simón junto con el resto de miembros de dicho organismo, recogía, entre otras, las siguientes conclusiones en relación con el nuevo Coronavirus 2019:



- La descripción epidemiológica que se hace del nuevo virus lo asemeja al SARS o al MERS CoV. La letalidad de éstos es del 10 % y el 34 %, respectivamente.
- El nuevo virus tiene también una letalidad alta, de en torno a un 15 %.
- Con respecto a la transmisión, el virus es altamente contagioso, con un R0 de 2-3.
- El periodo de incubación es de 2 a 14 días.
- Se produce una alta tasa de contagios entre el personal sanitario.
- Existen contagiados asintomáticos.
- No hay tratamiento y, como única medida para evitar los contagios, se recomienda el distanciamiento social.

Es decir, ya **el día 10 de febrero de 2020 la administración tenía conocimiento de la situación** y de las medidas que se debían adoptar, entre las que destacaban el distanciamiento social.

Además, antes de ese momento y también después se produjeron los siguientes acontecimientos:

- El 30 de enero la Organización Mundial de la Salud (OMS) **declara la emergencia sanitaria global**.
- El 24 de febrero la OMS pide a todos los países que **se prepararen para una pandemia**.
- Ese mismo día, la Unión Europea (UE) aconseja **medidas estrictas** de distanciamiento social.
- El 11 de marzo, la OMS eleva el brote de coronavirus a **pandemia global**.
- El **12 de marzo de 2020 el gobierno de España anuncia que toma medidas**; a esa fecha ya se contabilizaban más de 3000 contagios y 84 fallecidos.



1.3. Actuación del Ejecutivo

En este escenario, el 25 de febrero, el ministro de Sanidad, tras la reunión del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, acordó aumentar la sensibilidad del sistema de detección para prevenir el Covid-19. Lo hizo sobre la premisa del aumento de casos en países extranjeros, sin hacer mención a España, estableciendo que las personas que presentaran síntomas y que en los 14 días anteriores hubieran estado en alguna de las zonas de riesgo habían de ser consideradas 'posibles casos' y debían someterse a las pruebas y procedimientos correspondientes. **Con esta definición de 'posible caso' no podían ser detectados los casos autóctonos**, entendiendo por tales aquellos que, presentando síntomas, no procedieran de las zonas de riesgo. Y, sin embargo, **lo más probable era que existieran por millares**, puesto que la hipótesis de la que se partió fue altamente improbable y remota y permitió que los casos sintomáticos autóctonos, en especial los de sintomatología leve (el 80 %), quedaran sin diagnosticar y, por lo tanto, con una total libertad de movimientos. Con esta asunción se eludía la consideración de España como zona epidémica, con todas las consecuencias económicas que esto comportó, en especial, para la circulación de personas. Si España no era una zona epidémica, no hacía falta implantar las soluciones drásticas que se estaban considerando en Italia y ya se habían adoptado en China y otros países asiáticos.

A pesar de ello, aparecieron casos autóctonos y se comenzó a hacer pruebas de detección sólo a los casos dudosos que requerían hospitalización, manteniendo el concepto epidemiológico de 'posible caso'. Ésta decisión fue objeto de duras críticas por reconocidos epidemiólogos, que la consideraron inadecuada sobre todo a raíz de la aparición de casos autóctonos.



1.4. ¿Existía un plan de actuación frente a posibles pandemias?

Ante todo lo anterior, el Ejecutivo contaba como punto referencia con el **Plan Nacional de Preparación y Respuesta ante una Pandemia de Gripe de 2005 y con la Actualización del Plan Nacional de Preparación y Respuesta ante una Pandemia de Gripe de 2006**, así como sus Anexos. Merecen especial consideración en este sentido el Anexo II, de Medidas de Control de la Infección; el Anexo VII, de Protocolo de Actuación a la Llegada de pasajeros a España (vía aérea y marítima); el Anexo VIII, una Guía de Manejo Clínico de Pacientes con Gripe Aviar; el Anexo X, sobre Vigilancia de la Gripe en el Transcurso de una Pandemia; y el Anexo XI, con la Base Legal para la Puesta en Marcha de las Medidas Especiales en Materia de Salud Pública en el Contexto de la Gripe con Potencial Pandémico.

En esos documentos, concretamente bajo la letra C del Plan Actualizado, se establecen el plan de acción y las acciones estratégicas desarrolladas, la reducción de la exposición humana, el refuerzo del sistema de alertas, la intensificación de las acciones de contención rápida y la preparación para hacer frente a una pandemia, que quedaron desarrolladas ante posibles situaciones de pandemia. Así pues, existe un plan estatal de actuación ante la amenaza de una pandemia, pero éste no se puso nada en marcha hasta que la situación estaba descontrolada.



2. Derechos de los trabajadores del sector sanitario

La Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales estableció la creación de los Servicios de Prevención de Riesgos Laborales (SPRL) en los hospitales públicos, además de la universalización del sistema de prevención de riesgos laborales.

Esta normativa es de plena aplicación al personal sanitario, ya que no dispone de una regulación propia para su sector.

Según nuestro ordenamiento, es un derecho de los trabajadores **recibir una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo**. También lo es disponer de servicio de prevención y de órganos representativos en materia de seguridad laboral, igual que es una obligación cumplir las normas relativas a la seguridad y la salud en el trabajo.

El documento “Protección de los trabajadores con riesgo de exposición al nuevo coronavirus (Covid-19)”, de 21 de febrero de 2020, establece lo siguiente:

“Cualquier medida de protección debe garantizar que se proteja adecuadamente al trabajador de aquellos riesgos para su salud o su seguridad que no puedan evitarse o limitarse suficientemente mediante la utilización de medios de protección colectiva o la adopción de medidas de organización del trabajo. La información y la formación son fundamentales en la protección de las personas en contacto con casos en investigación o confirmados. Hay que tener presente que la dimensión de la protección va más allá del trabajador e incluye al resto de las personas susceptibles de contacto directo o indirecto con el paciente. Los niveles y medidas



de protección que se establezcan deben ajustarse y aplicarse en función de la naturaleza de las actividades, la evaluación del riesgo para los trabajadores y las características del agente biológico”.

Dentro de los riesgos de exposición a los que se enfrenta el personal sanitario, el más frecuente es el riesgo biológico, cuya regulación viene recogida en la normativa general sobre los riesgos biológicos que se contiene en el Real Decreto 664/1997, de 12 de mayo, y en la Directiva 2000/54/CE.

El art. 17 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales establece que el empresario debe proporcionar a los trabajadores los Equipos de Protección Individual adecuados al desempeño de sus funciones y velar por el uso efectivo de los mismos.

Los EPI son elementos, llevados o sujetados por la persona, que tienen la función de protegerla contra riesgos específicos del trabajo. Cascos, tapones para los oídos, gafas o pantallas faciales, mascarillas respiratorias, cremas barreras, guantes o ropa de protección, calzado de seguridad o equipos anticaídas son todos equipos de protección individual.

Legalmente, sin embargo, **no tienen la consideración de EPI**: la ropa de trabajo corriente y los uniformes que no sean de protección, los equipos de socorro y salvamento, los aparatos de detección de riesgos ni los equipos de protección individual de policías y servicios de mantenimiento del orden. Tampoco se consideran legalmente como EPI los medios de protección en vehículos de transporte (por ejemplo, cinturones de seguridad de automóviles) ni el material de deporte o de autodefensa.

El mismo documento “Protección de los trabajadores con riesgo de exposición al nuevo coronavirus (Covid-19)” que mencionábamos antes regula todo lo



relativo a los equipos de protección individual. En su apartado “**Procedimiento de actuación para los servicios de prevención de riesgos laborales frente a la exposición al nuevo Coronavirus (SARS-Cov-2)**”, distingue varias situaciones de riesgo biológico laboral y establece el siguiente ranking para priorizar la protección de los trabajadores en función de su nivel de exposición potencial al virus:

- Exposición de riesgo (contacto estrecho con casos probables o confirmados)
- Exposición de bajo riesgo (situaciones laborales en las que la relación que se pueda tener con un caso probable o confirmado no incluye contacto estrecho)
- Baja probabilidad de exposición (trabajadores que no tienen atención directa al público o, si la tienen, se produce a más de 2 metros de distancia o disponen de medidas de protección colectiva que eviten el contacto).



3. Obligaciones incumplidas por la Administración

El artículo 12 del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declaró el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria creada por el Covid-19, estableció las medidas dirigidas a reforzar el Sistema Nacional de Salud en todo el territorio nacional. El artículo 13 de ese mismo texto contemplaba, además, las medidas para el aseguramiento del suministro de bienes y servicios necesarios para la protección de la salud pública.

A su vez, la **Organización Mundial de la Salud** (OMS) ya había recomendado cuando ese Real Decreto se publicó que, con carácter urgente e inmediato, se proveyese de batas impermeables, mascarillas FFP2 y FFP3, gafas de protección, calzas específicas, contenedores de residuos y los ya famosos -por su inexistencia- equipos de protección individual (EPI), a todos los profesionales sanitarios.

Sin embargo, la Administración **no cumplió con la provisión de material de protección a estos profesionales**. El Ministerio de Sanidad, que debería haber garantizado la salud e integridad física y psíquica del personal sanitario y haberle provisto de los elementos necesarios para que pudiera realizar su trabajo con seguridad, tampoco adoptó las medidas de protección adecuadas.

Y, así, tuvo lugar una escalada brutal de contagios y fallecimientos entre los propios sanitarios, que fueron contagiados por sus pacientes al carecer de los medios adecuados para protegerse de la enfermedad.

Las deficiencias más habituales con las que los trabajadores sanitarios se han encontrado han sido las siguientes:



- Ausencia de EPI adecuados, sobre todo en marzo.
- Falta de adecuación de infraestructuras necesarias (por ejemplo, trabajar con presiones inadecuadas en las habitaciones).
- Actuación tardía del Servicio de Prevención.
- Falta de test entre sanitarios, lo que propició el contagio entre ellos.
- Distribución de material defectuoso o que incumplía la normativa.

¿Existía un plan de actuación frente a posibles pandemias?

Tanto la empresa como los responsables de prevención de riesgos laborales pueden estar vulnerando la Ley de Prevención de Riesgos Laborales si no entregan los EPI estipulados (o entregan EPI defectuosos) en el protocolo contra el coronavirus. **Las responsabilidades** a las que se puede enfrentar la empresa pueden ser de varios tipos:

- **Administrativas.** La Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS) establece que son infracciones graves las faltas que supongan un incumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales, siempre que dicho incumplimiento pueda crear un riesgo grave para la integridad física o la salud de los trabajadores afectados y, especialmente, en materia de protección colectiva o individual. Si no hay entrega de EPI, se debe denunciar ante la Inspección de Trabajo individualmente.
- **Civiles.** La obligación civil de indemnizar al trabajador por los daños y perjuicios derivados de un accidente de trabajo sólo puede imponerse al empresario, de conformidad con el art. 1902 del Código Civil, cuando haya incurrido en una conducta culposa o negligente. Puede intervenir culpa o negligencia contra el servicio de prevención ajeno si se da el caso de tenerlo.



- **Penales.** Se dan varios tipos de delito de riesgo, es decir, delitos que lo son incluso si no ha llegado a ocurrir accidente o lesión:
 - a) Delito de **puesta en peligro de personas**: por ejemplo, ordenar que se trabaje en aislamiento sin los EPI correspondientes.
 - b) Delito de **omisión**: no proporcionar los EPI.
 - c) Delito de **comisión por omisión**: cometido por una persona con la obligación expresa de realizar o indicar una tarea o actividad. Por ejemplo, no indicar los EPI en evaluación de riesgos o protocolo, activando la culpa extracontractual del Servicio de Protección Ajeno.

- **Recargo de prestaciones de la Seguridad Social.** En caso de incapacidades por falta de entrega de EPI, se propondrá por parte de la Inspección de Trabajo un recargo de entre el 30 % y el 50 % de la base reguladora. En referencia al coronavirus, todas las prestaciones económicas que tengan su causa en accidente de trabajo o enfermedad profesional se aumentarán, según la gravedad de la falta, de un 30 % a un 50 % cuando la infección se produzca por causa de equipos de trabajo deficientes o actividades en centros o lugares de trabajo que carezcan de los medios de protección reglamentarios, o en malas condiciones, o cuando no se hayan observado las medidas generales o particulares de seguridad y salud en el trabajo, o las de adecuación personal a cada trabajo, habida cuenta de sus características y de la edad, sexo y demás condiciones del trabajador. La Ley de Prevención de Riesgos Laborales marca la obligación del empresario de proporcionar a sus trabajadores equipos de protección individual adecuados para el desempeño de sus funciones y velar por el uso efectivo de los mismos cuando, por la naturaleza de los trabajos realizados, sean necesarios.

La responsabilidad del pago del recargo recaerá directamente sobre el empresario infractor y no podrá ser objeto de seguro alguno, siendo nulo de pleno derecho cualquier pacto o contrato que se realice para cubrirla, compensarla o transmitirla. Esta responsabilidad es independiente y compatible con las de todo orden, incluso penal, que puedan derivarse de la infracción.



4. Posibles delitos cometidos contra los trabajadores sanitarios

Los artículos 316 y 317 del Código Penal sancionan como un **delito contra los derechos de los trabajadores** (con penas de hasta 3 años de prisión y multa de 12 meses) la no facilitación de medios necesarios para que los éstos desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas, poniendo así en peligro grave su vida e infringiendo las normas en materia de prevención de riesgos laborales. La sanción se aplica tanto si la situación se produce de forma consciente e intencionada como por imprudencia grave.

En la situación vivida por los profesionales sanitarios durante la crisis del Covid-19, **se cumplen los elementos del tipo penal**, toda vez que:

- **Los EPI de los trabajadores sanitarios son medios necesarios** para que puedan desarrollar de forma segura su labor asistencial a enfermos de cualquier etiología, y especialmente ante el carácter silente de los síntomas del Covid-19.
- Es evidente que la **ausencia de estos EPI** facilita y permite el contagio del Covid-19, cuya gravedad para la vida es un hecho notorio habida cuenta el número de fallecidos que ha causado.
- También es un hecho público y notorio, no sólo que no se han facilitado los medios de protección necesarios al personal sanitario de todas y cada una de las comunidades y ciudades autónomas, sino que, además, **el material entregado, tardíamente, ha sido insuficiente e incluso defectuoso**. A esta circunstancia se puede añadir la falta de evaluación de los distintos puestos de trabajo y de realización de protocolos, lo que ha contribuido de manera fundamental a que se alcancen entre el personal sanitario unos niveles de contagio que han llegado a superar los 48.000 casos, la cifra más alta a nivel mundial. Tales circunstancias permitirían calificar la actuación de las autoridades, cuando menos, de gravemente imprudente.



- Al ámbito sanitario le resultarían de aplicación las medidas preventivas específicas previstas en el Real Decreto 664/1997 sobre la **protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos** durante el trabajo, especialmente las relativas a la higiene, equipos de protección individual y vigilancia periódica de la salud -test rápidos-. Por tanto, la ausencia de EPI, test rápidos, etc... es una infracción en materia de prevención de riesgos laborales que implica el cumplimiento del elemento objetivo del tipo penal.

Las personas contra las que se dirigiría la acción penal, ejercitada mediante denuncia o querrela criminal, son las establecidas en el artículo 318 del Código Penal:

“Cuando los hechos previstos en los artículos de este título se atribuyeran a personas jurídicas, se impondrá la pena señalada a los administradores o encargados del servicio que hayan sido responsables de los mismos y a quienes, conociéndolos y pudiendo remediarlo, no hubieran adoptado medidas para ello”.

Trasladando el precepto penal a las disposiciones normativas derivadas del Estado de Alarma, la autoría del delito podría propugnarse del ministro de Sanidad, los consejeros autonómicos de Sanidad, y, en cascada, **podría llegar hasta los directores gerentes de centros de salud** y hospitales que tenía la obligación de procurar a su personal.

Más aún, si fruto de lo anterior hubiesen acontecido, como desgraciadamente así ha sido, **lesiones o el fallecimiento de algún trabajador**, nos podríamos encontrar también ante la presencia de un delito de lesiones o de homicidio; en ambos casos cometidos por imprudencia.

Estos delitos se prevén y sancionan en los artículos 142 y 152 del Código Penal con penas que podrían llegar hasta los tres y cuatro años de prisión, respectiva-



mente. Dependiendo, en el caso de las lesiones, del alcance de éstas y la parte del cuerpo u órgano que afecten las mismas.

Además, la falta de cumplimiento de la obligación de suministro de los equipos de protección por parte de los obligados a ello ha puesto en grave peligro la integridad de los trabajadores, llegando a causar, en algunos casos, graves lesiones e incluso la muerte.

Tales extremos, en nuestra opinión, **podrían ser constitutivos de un delito contra la seguridad en el trabajo en relación concursal con los delitos de lesiones por imprudencia o de homicidio imprudente** que, en su caso, se hayan producido. Lo que supondría una mayor sanción penal por cuanto que el fallecimiento o las lesiones originadas tendrían su causa, precisamente, en la falta de facilitación de los medios necesarios a los trabajadores para que desarrollen su labor en condiciones de seguridad y salud adecuadas. Esta omisión habría afectado a todos los trabajadores del centro sanitario, no solamente a aquellos a los que se les hubiesen causado lesiones o, incluso, la muerte.



5. ¿Qué se puede obtener de la reclamación patrimonial a la Administración?

Tanto nuestras leyes como nuestra jurisprudencia contemplan la reparación *in integrum*, es decir, **la reparación íntegra, de todos aquellos daños y perjuicios que un ciudadano sufra por culpa del funcionamiento anormal de los servicios públicos.**

Para plantear esta reparación, hay que determinar caso por caso cuáles han sido las consecuencias negativas para quien las ha sufrido. Así, será siempre necesario **realizar un estudio riguroso de cada asunto y de sus circunstancias.**

El montante de la indemnización a quien ha sufrido las consecuencias del funcionamiento negligente de la administración **va ligado habitualmente a los días que una persona ha estado de baja** sin poder dedicarse a sus ocupaciones habituales, sean laborables o simplemente de la vida cotidiana. La cuantía diaria de la indemnización se calculará teniendo en cuenta las limitaciones, más o menos amplias, que esta persona ha sufrido durante el periodo de tiempo que ha necesitado para curarse. Así, los días de hospitalización se pagan con un valor superior; los días en que uno no ha podido hacer las tareas fundamentales pero tampoco ha estado hospitalizado, con algo menos; y, cuando sí se han podido hacer tareas fundamentales, pero no otras secundarias, con una cantidad menor. Por supuesto, siempre **se han de tener en cuenta las posibles secuelas físicas o psicológicas** que queden después de la curación, ya que, a veces, esa curación no es total y deja limitaciones físicas o incluso psicológicas (por ejemplo, depresión o ansiedad).

También se deben incluir en la **reclamación de indemnización a la administración todos aquellos gastos en que se ha incurrido** (como médicos, farmacia, transporte, etc...) cuando éstos no han sido cubiertos o abonados por sistemas públicos o privados de salud. Lo mismo sucede con los gastos de asistencia



doméstica cuando la necesidad de acudir a ésta es consecuencia de las lesiones causadas por el mal funcionamiento del servicio público.

Otro aspecto a tener en cuenta a la hora de plantear nuestra reclamación es **el posible lucro cesante**. Es decir, aquellas cantidades económicas que se han dejado de ingresar en comparación a lo que hubiéramos ganado sin la lesión sufrida. Es lucro cesante, por ejemplo, la diferencia entre lo que se cobraba habitualmente y lo que se ha cobrado en el periodo de baja.

Por otro lado, también se debe valorar **si ha existido un daño moral derivado**, por ejemplo, **del sufrimiento padecido por no haber podido estar presente en los últimos días de enfermedad de un familiar** o por no haberle podido acompañar en su funeral y entierro. Así como la posible pérdida de expectativas futuras, sean de carácter laboral o de otra índole.

Como vemos, **el abanico de posibilidades para plantear una reclamación patrimonial a la administración es realmente amplio**. Por eso, lo más conveniente es **analizar cada caso individual en función de sus circunstancias** y no perder nunca de vista la necesidad de acreditar de forma fehaciente -es decir, con facturas de gastos y con informes periciales de expertos- tanto los daños y perjuicios sufridos como la estimación de su cuantía económica.





www.leanabogados.com | info@leanabogados.com | 900 102 722