

RISCOS PENALS RELACIONATS AMB EL PROVEÏMENT D'EQUIPAMENT DE PROTECCIÓ PERSONAL ALS PROFESSIONALS SANITARIS

Introducció

Des de La Unió hem demanat a **Melero & Gené Advocats** un informe d'urgència al voltant dels riscos en termes de responsabilitat penal que poguessin ser exigits als responsables directius de les entitats sanitàries per la insuficiència d'equipament de protecció personal (EPI) des de l'inici de la pandèmia COVID-19 (informe extensible a la manca d'altres mesures de prevenció, com poden ser els tests de detecció del contagi). Efectuem un resum executiu de l'informe signat per Xavier Melero, soci director i David Felip Consultor, doctor i professor de Dret Penal.

La **hipòtesi de treball** de l'informe és l'exposició del personal al risc de contagi sense mesures de protecció normativament establertes i eventualment el desenvolupament de la malaltia en diversos graus d'intensitat per un nombre no menor del personal.

Delictes en joc

Es desplega l'anàlisi en base al **delicte contra la seguretat dels treballadors** (art. 316 del Codi Penal) -amb pena de 6 mesos a 3 anys i multa de 6 a 12 mesos-, que també disposa d'una modalitat de comissió per imprudència (art. 317 del Codi Penal) -amb pena de 3 mesos a 6 mesos i multa de 6 a 12 mesos-.

També es considera l'opció que entrin en joc els delictes de **lesions imprudents** (art. 152 del Codi Penal) per aquells casos en que s'hagi contret la malaltia i, eventualment si el resultat fos infaust, l'**homicidi per imprudència greu** (art. 142 del Codi Penal). La penalitat d'aquests dos delictes resultaria molt variable ja que entrarien en funció el volum de persones afectades i la gravetat de la malaltia del conjunt d'afectats.

Cal dir que no es tracta d'un delicte dels que el Codi Penal preveu que siguin imputables a les **persones jurídiques (les entitats)**, tot i que en el cas de lesions o homicidi imprudents, l'entitat pot respondre per responsabilitat civil subsidiària derivada de delicte (cosa que no passa en el cas de condemna per delicte contra la seguretat dels treballadors, delicte dels anomenats "de perill"); això sí, la manca de responsabilitat penal per les entitats suposa que s'obri l'opció de disciplinar aquestes conductes en l'àmbit social (via Llei sobre infraccions i sancions en l'ordre social -LISOS-).

Rellevància penal de la situació

Tots els delictes aplicables parteixen **d'una mateixa conducta penalment típica**: omissió d'una acció deguda (facilitar mitjans de protecció) amb un resultat: situació de perill per la salut d'un col·lectiu (delicte contra seguretat de treballadors) o un menyscapse de la salut o la mort (lesions i/o homicidi imprudent).

L'informe conclou que no es donen els requisits dels delictes esmentats en base a 3 arguments:

1. Manca de capacitat per realitzar l'acció deguda

Els delictes analitzats tenen una **estructura omissiva**: incomplir el mandat de realitzar una acció destinada a salvaguardar interessos legítims, per la qual cosa és element

imprescindible la **capacitat individual per realitzar l'acció indicada**. Per tant, es fa imprescindible que en el moment de realitzar la prestació laboral les entitats sanitàries tinguessin o poguessin obtenir EPI's en quantitat i qualitat normativament exigible. Aquesta és la línia seguida per les resolucions de mesures cautelarríssimes en l'àmbit social (conclouen que estimar-les suposaria una resolució d'impossible compliment o estableixen que es compleixin en el "més breu termini possible"). En condicions normals no correspondria a la defensa dels directius acreditar aquesta impossibilitat; però si calgués fer-ho, un seguiment de l'evolució dels estocs disponibles i una acreditació de les nombroses gestions efectuades a la recerca de material de protecció i el tancament de facto del mercat servirien per donar per provada aquesta impossibilitat de compliment.

2. Estat de necessitat

La impossibilitat de disposar de condicions de seguretat exigibles comporta la paralització immediata de l'activitat. Ni els centres ni el personal sanitari ho han plantejat, atès que es dona una col·lisió de deures. En Dret Penal l'**estat de necessitat** suposa que hi ha conflictes que no es poden resoldre sense infringir un dany, i està permès resoldre'ls causant el mal menor, de manera que una conducta penalment rellevant acaba esdevenint lícita. Una especialitat de l'estat de necessitat és la **col·lisió de deures**: s'han de complir 2 deures de contingut contradictori (complir-ne un infringeix l'altre); en aquest cas **s'ha d'actuar complint el deure que impliqui conseqüències menys greus**. En el nostre cas la col·lisió és entre el deure de paraitzar l'activitat laboral front el deure de salvaguarda i empara dels pacients (no atendre els ingressats i/o no ingressar-ne de nous). **Aquesta col·lisió de deures els gestors sanitaris l'han de resoldre a favor dels deures vers els pacients** en un context de pandèmia i de sistema sanitari proper al col·lapse, assegurant el funcionament de les condicions organitzatives de l'establiment hospitalari per tal que el personal sanitari pugui complir les seves obligacions assumint condicions de risc lleugerament superiors a les permeses, o essent aquestes clarament superiors a les permeses per part dels professionals que voluntàriament els assumeixin.

3. Gestió prèvia dels recursos

Si existint un resultat lesiu aquest no es pot imputar, com s'ha vist, per manca de capacitat d'acció i per estat de necessitat, cal valorar si en un moment anterior era previsible i evitable la situació de manca de responsabilitat. És a dir, **si hi ha una omisió prèvia que dona lloc a la situació creada**.

- a. Hi havia capacitat per evitar prèviament el que després ha passat? Les autoritats sanitàries, estatals i autonòmiques, amb més recursos i informació no han pogut identificar la magnitud de la catàstrofe (fet que per altra banda ha estat planetari). Quan el perill es concreta, els gestors hospitalaris no tenen ni capacitat ni autonomia suficient per resoldre la carestia de materials ja sigui pel trencament d'estocs i el tancament internacional de mercats, com pel gradual procés de centralització de compres per part de les administracions. I en darrer terme el increment exponencial de contagis converteix l'epidèmia en pandèmia impossibilitant un major nivell de protecció dels professionals.
- b. En definitiva, tant la previsió de la futura situació de risc en moments incipients de l'epidèmia, com la planificació i l'organització de l'adquisició material en moments

posteriors són quelcom que estava fora de l'esfera de la competència i la capacitat operativa dels hospitals. D'existir responsabilitats per manca de previsió i planificació d'una situació de carestia que ha implicat la insuficient protecció del personal sanitari, aquestes responsabilitats s'han produït a uns nivells molt superiors al de la direcció de les entitats hospitalàries.

Deures romanents

La situació d'absència de responsabilitat no evita que els directius de les entitats sanitàries:

- a. Realitzin una administració racional dels mitjans disponibles; el risc que han d'assumir els treballadors ha de ser només l'imprescindible per assegurar les prestacions d'estat de necessitat, i en qualsevol cas adoptar totes les mesures paliatives possibles del risc.
- b. Limitin l'exposició al risc a les àrees i serveis imprescindibles
- c. Cal avaluar casos on l'estat de necessitat operi a favor del treballador (p. ex. quan el treballador és alhora integrant d'un col·lectiu de risc).

A partir d'aquí, només una gestió clarament incompetent generant riscos addicionals i innecessaris, pot generar responsabilitat.

L'informe acaba aconsellant, **en la línia ja plantejada des de La Unió** que per *minimitzar riscos, seria aconsellable documentar tan bé com sigui possible els actes relatius a la compra, recollida, i subministrament al personal dels EPIs, així com la gestió d'estocs, per poder acreditar aquesta administració responsable. I, a manca de documentació formal, precaucions tan simples com, per exemple, conservar mails, fotografiar albarans o etiquetes o capturar pantalles poden resultar de gran utilitat en el futur.*

Òbviament aquest informe fa referència a una hipòtesi en la que tots ens veiem inclosos. És evident que els diferents casos individuals poden donar lloc a diferents mirades, però en qualsevol cas la contundència de les argumentacions, totes elles basades en principis interpretatius àmpliament admesos implica poder trametre un nivell de tranquil·litat als gestors sanitaris en relació a aquesta preocupació que en les darreres setmanes havia sorgit en els diferents àmbits de treball de La Unió.

Addenda sobre la responsabilitat civil patronal

En darrer terme volem trametre als associats que des de La Unió s'estan fent gestions a través de la corredoria i amb l'asseguradora de responsabilitat civil del SISCAT, en relació als efectes i eventuais cobertures de Responsabilitat Civil Patronal per aquest mateix concepte. En aquest sentit estem en un terreny gens concret a hores d'ara a on els canvis normatius poden generar canvis de criteri.

D'altra banda, tots els operadors jurídics en termes de responsabilitat civil preveuen que la resolució de la ingent quantitat de conflictes provocats per la pandèmia en l'entorn assegurador començarà a albirar-se en el moment en que els tribunals comencin a determinar si la pandèmia COVID-19 és un cas de "força major" en termes asseguradors (i, per tant, un cas d'exempció de

la majoria de les cobertures) i també en termes de reclamació de responsabilitats civils i administratives.

Dit això, cal de moment recordar alguns elements en relació a les cobertures de Responsabilitat Civil Patronal:

- a. Les pòlisses de responsabilitat civil patronal (i la del SISCAT incorporada a la pòlissa que contracta l'SCS no és una excepció) no cobreixen les sancions administratives en l'ordre social en relació a infracció de mesures de seguretat dels treballadors, ni els recàrrecs en les prestacions que aquests hagin de percebre.
- b. La pòlissa cobreix la defensa jurídica davant les reclamacions en ordre civil (indemnització per lesions o defunció) o en ordre penal (responsabilitat civil subsidiària, tal com hem vist en la ressenya anterior).

Barcelona, 16 d'abril de 2020