

Dictamen nº: **342/22**
Consulta: **Consejero de Sanidad**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **31.05.22**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 31 de mayo de 2022, sobre la consulta formulada por el consejero de Sanidad, al amparo del artículo 5.3 de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, en el procedimiento de responsabilidad patrimonial promovido por Dña. Dña., Dña. y D. (en adelante “*los reclamantes*”), en calidad de viuda e hijos de D., por el daño moral derivado de su fallecimiento por COVID, al entender que estuvo ocasionado por el retraso en el diagnóstico inicial de la enfermedad y por un inadecuado seguimiento en el Hospital Universitario La Paz.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por escrito presentado en el Hospital Universitario La Paz el día 11 de enero de 2021, los reclamantes antes señalados formularon una reclamación de responsabilidad patrimonial por el daño moral derivado del fallecimiento por COVID de su respectivo esposo y padre, al entender que estuvo ocasionado por el retraso en el diagnóstico inicial de la enfermedad, y por un inadecuado seguimiento tanto en el domicilio como durante el posterior ingreso hospitalario.

En el escrito de reclamación alegan que el 9 de marzo de 2020 el paciente y su esposa acudieron a consulta médica en su centro de salud correspondiente (calle Finisterre, del Barrio del Pilar) porque su respectivo esposo y padre, “*sin patología ni riesgo previa alguna*” tenía fiebre, hasta 39°. Señalan que su médico de cabecera le prescribió el antibiótico fosfomicina, para la infección de orina, con la advertencia por parte del facultativo de que en cuarenta y ocho horas se le pasaría la fiebre.

El escrito señala que el 11 de marzo de 2020, dado que la fiebre no remitía, la esposa del fallecido acudió espontáneamente a informar al médico de que su marido continuaba con fiebre y el facultativo le dijo que no salieran de casa, como así hicieron hasta el 14 de marzo de 2020, día en que ambos decidieron ir al Hospital Universitario La Paz.

Los reclamantes refieren que, como el historial médico del centro de salud que han recibido no contiene los hechos expuestos, solicitan el complemento de dicha historia clínica con las manifestaciones del médico de cabecera, pues este afirma no ser conocedor de tales hechos y señala que, dada la epidemia por COVID-19, “*mi actitud en esas fechas era la de aconsejar evitar acudir a urgencias hospitalarias ante el riesgo de contagio de COVID-19 durante la espera y lo asistencia, salvo que fuera estrictamente necesario ...*”.

Según el escrito, el 14 de marzo de 2020, por decisión personal del paciente y su esposa, y no por indicación del médico de cabecera, acudieron al Hospital Universitario La Paz, donde ingresó ese mismo día enfermo de coronavirus y donde falleció el 31 de marzo de 2020 por dicha enfermedad, como consta en el certificado médico de defunción.

Según la reclamación, la esposa del fallecido también ingresó en el Hospital Universitario La Paz, por disnea y tos, el 14 de marzo de

2020, en otra habitación, primero, y junto con su marido después. Se le realizó PCR, que resultó negativa y, según refieren los reclamantes, *“cuando recibió el alta el día 23 de marzo de 2020, se despidió de los médicos y de las enfermeras con el ruego de que velaran porque nuestro padre no se quitase el oxígeno, de trascendencia vital para el tratamiento de la neumonía bilateral que le provocó el COVID-19”*. Señalan que desde ese día, llamaron diariamente al hospital para rogar que pusieran los medios de contención necesarios y suficientes para que el paciente no se quitase el oxígeno.

Los reclamantes reprochan que su familiar estaba sin oxígeno por la mala, incorrecta e ineficaz colocación de los medios de contención y la falta de vigilancia el 28 de marzo de 2020, lo que tuvo como consecuencia que tal día se quitara el oxígeno, con el consiguiente empeoramiento, falleciendo el 31 de marzo de 2020, tres días después del episodio y de la de la indicada negligencia médica. Refieren que los servicios médicos eran los únicos responsables de que los medios de contención se asegurasen y se colocasen de forma que los pacientes - en este caso, su padre y esposo- no se pudiesen retirar el oxígeno. Además, afirman que *«el hecho de que la historia clínica de la Paz recoja que nuestro padre y esposo se quitara el oxígeno "pese a contenciones" no traslada la culpa a nuestro indefenso y enfermo padre y esposo, que sólo sobrevivió cuarenta y ocho horas más a tan lamentable episodio, sino que más bien, refuerza la obligatoriedad y la responsabilidad de los servicios médicos, porque evidencia, más aún, o imprescindible del correcto funcionamiento de dichos medios»*.

En definitiva, los reclamantes realizan los siguientes reproches a la atención sanitaria dispensada:

1.- Incorrecta utilización por los servicios médicos de los medios de contención a su alcance, así como falta de vigilancia y cuidado para evitar que el paciente lograra quitarse el oxígeno, que ellos mismos habían colocado por ser imprescindible para su tratamiento. Entienden que el personal sanitario no previó ni evitó dicho riesgo, que era fácil y lógicamente previsible y evitable no sólo para cualquier persona, sino especialmente para un profesional de la salud. Además, los reclamantes recuerdan que llamaban diariamente al centro hospitalario para rogar al personal sanitario que pusiera todos los medios a su alcance para que el paciente no se retirase el oxígeno.

2.- Error en el diagnóstico inicial por parte del médico de cabecera en cuanto a la causa de la fiebre que padecía el fallecido, de modo que el facultativo ignoró sus síntomas y las demás circunstancias de las que dice que era conocedor, pues, en un contexto de pandemia, *“debería haber sospechado sin mucho esfuerzo, como profesional de la salud que es, y como conocedor de estos hechos, que nuestro padre y esposo podría estar contagiado de coronavirus y debería haberle derivado al hospital inmediatamente o haberle hecho un seguimiento sobre la evolución de la fiebre”*. Señalan que esta falta de seguimiento del paciente lo corrobora el que en ninguna parte de la historia clínica del centro de salud ni del informe elaborado por el propio médico de cabecera se refleja seguimiento alguno, llamada o atención al paciente -como era habitual en esas fechas-, pese a expresar en su informe que conocía la situación de pandemia.

3.- Los reclamantes también reprochan que, debido a que el tubo de realización de pruebas estaba mal enrasado, hubo que repetirle al paciente las pruebas, con el consiguiente retraso en la adopción de las decisiones pertinentes para su curación, además de que el plasma extraído era insuficiente.

4.- Por otro lado, si bien el paciente presentaba bajo riesgo de desnutrición, resulta que, bajo los cuidados médicos del personal del hospital, el familiar de los reclamantes se deshidrató. Y todo ello, *“cuando los propios servicios médicos habían informado del buen estado basal y nutricional de nuestro padre y esposo, sin antecedentes quirúrgicos y sin patologías ni factores de riesgo. Todo ello reflejado en numerosas ocasiones en el expediente, expresivo del buen estado de salud de nuestro padre hasta contagiarse de coronavirus”*.

Los reclamantes cifran la indemnización por el daño antijurídico causado a cada uno de los interesados en 50.000 euros para cada uno de los hermanos y en 150.000 euros para la viuda, importes que consideran que han de ser incrementados con cuanto corresponda de la aplicación de los criterios actualizadores y en los intereses legales correspondientes. La reclamación se acompaña de copia del D.N.I. de cada uno de los reclamantes, copia del libro de familia y diversa documentación médica (folios 1 a 125).

SEGUNDO.- Del estudio del expediente resultan los siguientes hechos de interés para la emisión del dictamen:

Se trata de un paciente de 79 años, con antecedentes de hipertensión arterial e hipertrofia benigna de próstata que, según consta en la historia clínica de Atención Primaria, consulta el 9 de marzo de 2020 a su médico de familia en el Centro de Salud Barrio del Pilar por fiebre de dos días con síntomas urológicos. Se le diagnostica una infección del tracto urinario y se indica tratamiento con fosfomicina 500 mg, 24 cápsulas.

El 10 de marzo de 2020 el paciente tiene cita en el centro de salud para estudio básico y sedimento de orina. Las siguientes anotaciones en la historia clínica de Atención Primaria son del 15 de marzo de 2020, con el resultado de PCR+ para COVID-19, del 16 de

marzo de 2020, indicando que el paciente está ingresado en el Hospital Universitario La Paz por sospecha de infección por coronavirus, y del 18 de marzo de 2020, señalando que, según su esposa, el paciente sigue ingresado en dicho centro sanitario.

Con fecha 14 de marzo de 2020 acude a Urgencias del Hospital Universitario La Paz por fiebre desde una semana antes (máximo 39,5°) y tos. Sin disnea. Mal estado general. Su mujer refiere que lo nota desorientado. No tenía deterioro cognitivo previo. La mujer tiene disnea y tos. Niega síndrome miccional. En la exploración física presenta una temperatura de 35,3°, tensión arterial 126/68, frecuencia cardíaca 85, saturación de oxígeno basal 90%, con oxígeno en gafas nasales 94%, flujo de oxígeno con gafas 3l/min. Eupneico en reposo. Murmullo vesicular conservado, sin ruidos sobreañadidos.

Responde parcialmente coherente, posible síndrome confusional. Saturación O₂ 87%. Analítica: pH 7,49, pO₂ 81,3, pCO₂ 27,2, HCO₃⁻ 23,6, iones y glucemia normal. Hematíes 4,38x10⁶, leucocitos 8,06x10³/μl.

Se le realiza radiografía de tórax que objetiva parénquima pulmonar con opacidades. Pulmón derecho superior y medio donde las consolidaciones presentan broncograma aéreo e inferior en vidrio deslustrado. Pulmón izquierdo superior, medio e inferior en vidrio deslustrado. ICT en límite alto. Conclusión: estudio compatible con COVID-19. PCR SARS-CoV-2 positivo. El paciente es valorado por UCI en Urgencias, considerándose que no necesitaba tratamiento por su parte.

Con el diagnóstico de neumonía multilobar COVID, hipoxemia y síndrome confusional agudo ingresa el 15 de marzo de 2020 en Medicina Interna. Como antecedentes personales se recogen hipertensión arterial e hipertrofia benigna de próstata. Gasometría arterial: pH 7,5, PO₂ 27,2 mmHg, contenido O₂ total 19,4 ml/dl,

saturación O₂ 96%, hemoglobina 14,7, hematocrito 45,1%. La exploración física es muy dificultosa por la situación de síndrome confusional hiperactivo. Se precisa sujeción mecánica y haloperidol para controlarlo.

Se instauro tratamiento con hidroxiclороquina (del 15 al 25 de marzo de 2020), betainterferón (del 15 al 21 de marzo de 2020), ceftriaxona (del 15 al 23 de marzo de 2020) y profilaxis de enfermedad tromboembólica durante todo el ingreso, de acuerdo con los protocolos vigentes en el hospital.

El 16 de marzo de 2020 presenta una saturación con gafas nasales del 95%. Sin disnea. A ratos desorientado y agitado. Se añade tratamiento con interferón.

El 17 de marzo de 2020 persiste la fiebre de 38°. El paciente está muy desorientado, con sujeciones mecánicas por agitación.

El 18 de marzo de 2020 el paciente mantiene la ingesta y se suspende sueroterapia. Sin fiebre. Saturación con oxígeno en gafas nasales 97,96%. El 19 de marzo de 2020 presenta buena evolución aunque saturaciones algo peores.

El 20 de marzo de 2020 presenta regular estado general con empeoramiento clínico, mayor astenia y disnea aunque mantiene saturación de oxígeno con mismo soporte. Algo desorientado. Muy hipertenso, se pauta tratamiento antihipertensivo.

El 21 de marzo de 2020 se encuentra estable, con una leve reducción de la tensión arterial. Clínicamente y analíticamente mejor. Hemoglobina 14,7 g/dl. Leucocitos 8,81x10³/μl (neutrófilos 80,8%, linfocitos 9,9%) plaquetas 282x10³/μl, fibrinógeno 636 mg/dl, D

dímero 2362 ng/ml, creatinina 0,78 mg/dl, LDH 503 UI/L, proteína C reactiva 69,6 mg/L.

El 22 de marzo de 2020 el paciente sigue estable. Desaturación que requiere cambio a ventimask, remontando la saturación. Saturación O₂ 94%. Se mantiene el tratamiento. El 23 de marzo sigue clínicamente estable. Desorientado, se retira el oxígeno con desaturación precisando ventimask ocasionalmente. Pronta recuperación tolerando gafas nasales en momentos de estabilidad. Se suspende interferón por cumplimiento.

El 24 y 25 de marzo de 2020 se mantiene clínicamente estable. Postrado. Se mantiene con ventimask. Saturación O₂ 96%.

El 26 de marzo de 2020 el paciente sigue clínicamente estable. Se mantiene con reservorio. Postrado, tolera bien el agua con espesante. Saturación con mascarilla 98%. PCR SARS-CoV-2 negativa el 27 de marzo de 2020.

A las 4 horas del 28 de marzo de 2020, acude el médico de guardia por bajada en la saturación O₂, de modo que se coloca reservorio que tolera bien. Saturación 98%. Sin disnea. Desorientado pero tranquilo. Se realiza radiografía de tórax que objetiva una leve disminución de las opacidades bilaterales, con predominio en hemitórax derecho.

A las 12 horas del citado día, el paciente se mantiene con reservorio porque con gafas nasales tiene saturaciones justas. Poco reactivo, tranquilo y colaborador, obedeciendo órdenes sencillas. Adecuada ingesta con espesantes. Exploración física: saturación 99%, sequedad mucocutánea. Analítica: hemoglobina 16,4 g/dl, leucocitos 14,69x10³/μl, creatinina 1,46 mg/dl, sodio en suero 152 mmol/L, potasio 4,8 mmol/L, proteína C reactiva 5,2 mg/L. PCR SARS-CoV-2 positivo. Se diagnostica fracaso renal agudo de causa prerrenal en

contexto de baja ingesta. Se inicia sueroterapia, ante los datos clínicos y analíticos de deshidratación con posible repercusión en cuadro confusional.

A las 14 horas del 28 de marzo de 2020, se produce un empeoramiento de la reactividad, con bajo nivel de conciencia. El paciente se había retirado el oxígeno pese a las contenciones. Tras su recolocación, se produce una mejoría espontánea. Responde con monosílabos y obedece órdenes sencillas. Saturación 98% reservorio. Sequedad mucocutánea. En la auscultación pulmonar, hipofonesis por escasa colaboración con crepitantes en ápex. Sin empleo de musculatura accesoria. Motilidad ocular extrínseca conservada, moviliza de forma grosera las 4 extremidades. Electrocardiograma con ritmo sinusal a 112 lpm, intervalo PR normal QRS estrecho con eje izquierdo, hemibloqueo anterior izquierdo. Segmento ST isoelectrico, sin ondas T discordantes, QTc normal. Extrasístole ventricular aislada. Diagnóstico: episodio de arreactividad en el contexto de hipoxemia por retirada de oxigenoterapia resuelto. Taquicardia sinusal secundaria. Se mantienen los diagnósticos previos. Se mantiene el tratamiento.

A las 22:43 horas, el paciente sigue clínicamente estable. Poco reactivo aunque responde, no refiere dolor ni disnea. Tranquilo y confortable. Sin trabajo respiratorio. Saturación O₂ 96% con ventimask al 50%. Se mantiene tratamiento y sueroterapia.

Desde el 28 de marzo de 2020 presenta deterioro clínico con aumento de las necesidades de oxígeno, flujo de O₂ 15L y FIO₂ 100% con mascarilla reservorio y deterioro del estado general. Se objetivan en las pruebas complementarias deshidratación hipernatrémica e insuficiencia renal aguda para lo que se inicia sueroterapia. Persiste con mala evolución pese a las medidas instauradas. El 29 de marzo de 2020 presenta una saturación O₂ del 98%, y el 30 de marzo de 2020,

buena tolerancia a ventimask. Trabajo respiratorio. Buena saturación con reservorio. Confusión. Úlceras por decúbito.

Con fecha 31 de marzo de 2020, el paciente presenta un empeoramiento clínico, con importante desaturación y agitación. Situación preagónica. Se decide sedación paliativa, iniciándose medidas de confort ante situación de final de vida. Se informa a la familia y se les avisa para que acudan a despedirse. Se certifica el fallecimiento a las 20:45 horas del 31 de marzo de 2020.

TERCERO.- Presentada la reclamación, se acordó la instrucción del expediente conforme a lo previsto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPAC).

Se incorporó al expediente la historia clínica del paciente y, en cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 79 y 81.1 de la LPAC, se aportó también el informe del doctor que le atendió en el Centro de Salud Barrio del Pilar, de 21 de enero de 2021, quien relata cronológicamente la atención dispensada al fallecido en el contexto social y sanitario en el que se produjo, una pandemia, y afirma que *«no es cierto que no se hubiese realizado seguimiento por nuestra parte. En la página 22 de la historia clínica del paciente (página no incluida por parte de los reclamantes) ya figuran anotaciones de los días 15, 16, 18 y 20 de marzo de 2020. Al ser la esposa también paciente infectada por coronavirus y coincidiendo con su seguimiento, nos informaba de la situación de su marido...Puede que sea fácil hacer juicios "a posteriori" con respecto al funcionamiento de los servicios sanitarios durante los momentos previos y el comienzo de la pandemia por un virus, que en aquellas fechas tenía un comportamiento clínico desconocido para todos nosotros, y que todavía, pese a nuestros esfuerzos puede presentarse con una gravedad extrema»*.

Consta también en el expediente el informe del jefe del Servicio de Medicina Interna del Hospital Universitario La Paz de 28 de marzo de 2021, que se limita a relatar la evolución clínica del paciente desde su ingreso el 14 de marzo de 2020 con PCR positiva realizada ese día, y neumonía grave, hasta su fallecimiento el 31 de marzo de 2020, señalando que *“recibió tratamiento antibiótico también tratamiento con hidroxiclороquina, que cumplió en su totalidad, y tratamiento sintomático para su situación, manteniéndose durante toda la hospitalización con oxigenoterapia a distintas concentraciones, según necesidad clínica”*.

Posteriormente, con fecha 29 de noviembre de 2021, se emite informe por parte de la Inspección Sanitaria que, tras examinar la historia clínica, los informes emitidos en el curso del procedimiento y efectuar las oportunas consideraciones médicas, considera ajustada a la *lex artis* la atención sanitaria dispensada al paciente en el Hospital Universitario La Paz.

Concluida la instrucción del procedimiento, y por oficio de 24 de enero de 2022, se da traslado del expediente para alegaciones a los reclamantes, quienes presentan escrito el 15 de febrero de 2022 en el que muestran su disconformidad con la exclusión de cobertura por parte de la aseguradora del SERMAS, pues entienden que su reclamación no se basa ni está relacionada con el tratamiento ni la enfermedad derivada del coronavirus, sino con la falta de diligencia en la correcta utilización de los medios técnicos al alcance de los servicios médicos, diseñados para prevenir que el paciente no se quede sin oxígeno. De igual modo, cuestionan el informe del médico del Centro de Salud Barrio del Pilar, al entender que no se realizó un concreto seguimiento del paciente, así como el de la Inspección Sanitaria, que consideran erróneo y ajeno al verdadero contenido de la historia clínica.

Finalmente, el 29 de abril de 2022, el viceconsejero de Asistencia Sanitaria y Salud Pública, formula propuesta de resolución que desestima la reclamación al considerar que la asistencia sanitaria dispensada es conforme a la *lex artis* y el daño reclamado no resulta antijurídico.

CUARTO.- Por escrito del consejero de Sanidad, con registro de entrada en la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid el día 9 de mayo de 2022, se formuló la preceptiva consulta.

Correspondió el estudio del presente expediente 300/22 al letrado vocal D. Francisco Javier Izquierdo Fabre, que formuló y firmó la propuesta de dictamen, deliberada y aprobada por el Pleno de esta Comisión Jurídica Asesora en su sesión de 31 de mayo de 2022.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- La Comisión Jurídica Asesora emite su dictamen preceptivo, de acuerdo con el artículo 5.3.f) a. de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, al tratarse de una reclamación de responsabilidad patrimonial de cuantía superior a quince mil euros y por solicitud de órgano legitimado para ello, de conformidad con el artículo 18.3.a) del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por el Decreto 5/2016, de 19 de enero (en adelante, ROFCJA).

SEGUNDA.- La tramitación del procedimiento de responsabilidad patrimonial, iniciado a instancia de parte, se ha realizado conforme a lo dispuesto en la LPAC.

Los reclamantes ostentan legitimación activa para promover el procedimiento de responsabilidad patrimonial, al amparo del artículo 32.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), en cuanto sufren el daño moral que provoca el fallecimiento de su familiar. Se ha acreditado debidamente la relación de parentesco que ligaba a los interesados con el fallecido mediante copia del libro de familia.

En lo concerniente a la legitimación pasiva para soportar la reclamación, le corresponde a la Comunidad de Madrid, ya que el daño cuyo resarcimiento se pretende se atribuye a la asistencia prestada en dos centros públicos de su red asistencial, el Centro de Salud Barrio del Pilar y el Hospital Universitario La Paz.

El plazo para el ejercicio del derecho a reclamar, es de un año, contado desde que se produjo el hecho o el acto que motive la indemnización, o de manifestarse su efecto lesivo (cfr. artículo 67.1 de la LPAC). En el caso sujeto a examen, el *dies a quo* viene determinado por la muerte del respectiva esposo y padre de los reclamantes, de modo que, ocurrido el fallecimiento el 31 de marzo de 2020, debe reputarse formulada en plazo la reclamación presentada el 11 de enero de 2021.

En cuanto al procedimiento, se ha incorporado la historia clínica del paciente y se ha recabado el informe de los centros implicados en el proceso asistencial del fallecido contra los que los reclamantes dirigen sus reproches y, así, constan en el expediente los informes del Centro de Salud Barrio del Pilar y del jefe del Servicio de Medicina Interna del Hospital Universitario La Paz.

También ha emitido informe la Inspección Sanitaria, posteriormente se ha dado traslado del expediente a los reclamantes

para alegaciones y se ha dictado la correspondiente propuesta de resolución.

En suma, pues, de todo lo anterior, cabe concluir que la instrucción del expediente ha sido completa, sin que se haya omitido ningún trámite que tenga carácter esencial o que resulte imprescindible para resolver.

TERCERA.- La responsabilidad patrimonial de la Administración se recoge en el artículo 106.2 de la Constitución Española, que garantiza el derecho de los particulares a ser indemnizados de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, en los términos establecidos por la ley, previsión desarrollada por la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público en su título preliminar, capítulo IV, artículos 32 y siguientes.

La viabilidad de la acción de responsabilidad patrimonial de la Administración, según doctrina jurisprudencial reiterada, requiere la concurrencia de varios requisitos:

a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas.

b) Que el daño o lesión patrimonial sufrida por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal -es indiferente la calificación- de los servicios públicos en una relación directa e inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando, el nexo causal.

c) Que exista una relación de causa a efecto entre el funcionamiento del servicio y la lesión, sin que ésta sea producida por fuerza mayor.

d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño. Así, según la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de julio de 2009 (recurso de casación 1515/2005) y otras sentencias allí recogidas, *“no todo daño causado por la Administración ha de ser reparado, sino que tendrá la consideración de auténtica lesión resarcible, exclusivamente, aquella que reúna la calificación de antijurídica, en el sentido de que el particular no tenga el deber jurídico de soportar los daños derivados de la actuación administrativa”*.

Ha destacado esa misma Sala (por todas, en Sentencia de 16 de marzo de 2016, RC 3033/2014), que es el concepto de lesión el que ha permitido configurar la institución de la responsabilidad patrimonial con las notas características de directa y objetiva, dando plena armonía a una institución como garantía de los derechos de los ciudadanos a no verse perjudicados de manera particular en la prestación de los servicios públicos que benefician a la colectividad, y que ese concepto de lesión se ha delimitado con la idea de constituir un daño antijurídico:

“(...) lo relevante es que la antijuridicidad del daño es que no se imputa a la legalidad o no de la actividad administrativa - que es indiferente que sea lícita o no en cuanto que la genera también el funcionamiento anormal de los servicios- o a la misma actuación de quien lo produce, que remitiría el debate a la culpabilidad del agente que excluiría la naturaleza objetiva; sino a la ausencia de obligación de soportarlo por los ciudadanos que lo sufren. Con ello se configura la institución desde un punto de vista negativo, porque es el derecho del ciudadano el que marca el ámbito de la pretensión indemnizatoria, en cuanto que sólo si existe una obligación de soportar el daño podrá excluirse el derecho de resarcimiento que la institución de la responsabilidad comporta (...). Interesa

destacar que esa exigencia de la necesidad de soportar el daño puede venir justificada en relaciones de la más variada naturaleza, sobre la base de que exista un título, una relación o exigencia jurídica que le impone a un determinado lesionado el deber de soportar el daño”.

En concreto, cuando se trata de daños derivados de la asistencia sanitaria, la responsabilidad patrimonial presenta singularidades derivadas de la especial naturaleza de ese servicio público porque el criterio de la actuación conforme a la denominada *lex artis* se constituye en parámetro de la responsabilidad de los profesionales sanitarios.

Así, el Tribunal Supremo, en doctrina reiterada en numerosas ocasiones (por todas, la STS de 19 de mayo de 2015, RC 4397/2010) ha señalado que “(...) *no resulta suficiente la existencia de una lesión (que llevaría la responsabilidad objetiva más allá de los límites de lo razonable), sino que es preciso acudir al criterio de la lex artis como modo de determinar cuál es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente, por lo que si no es posible atribuir la lesión o secuelas a una o varias infracciones de la lex artis, no cabe apreciar la infracción que se articula por muy triste que sea el resultado producido ya que la ciencia médica es limitada y no ofrece en todas ocasiones y casos una respuesta coherente a los diferentes fenómenos que se producen y que a pesar de los avances siguen evidenciando la falta de respuesta lógica y justificada de los resultados”.*

CUARTA.- Del breve resumen de los presupuestos de la responsabilidad patrimonial incluidos en la consideración jurídica precedente, se deduce que no cabe plantearse una posible

responsabilidad de la Administración sin la existencia de un daño real y efectivo a quien solicita ser indemnizado. En este sentido recuerda la Sentencia de 13 de febrero de 2018 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (recurso 597/2017), con cita de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que *“la existencia de un daño real y efectivo, no traducible en meras especulaciones o expectativas constituye el núcleo esencial de la responsabilidad patrimonial traducible en una indemnización económica individualizada, de tal manera que resulte lesionado el ámbito patrimonial del interesado que es quien a su vez ha de soportar la carga de la prueba de la realidad del daño efectivamente causado”*.

En el presente supuesto, el fallecimiento del respectivo esposo y padre de los reclamantes constituye sin duda un daño moral real y efectivo que, en caso de que sea consecuencia de una atención sanitaria inadecuada, revestiría el carácter de antijurídico.

A tal efecto, debe tenerse en cuenta que la carga de la prueba en los procedimientos de responsabilidad patrimonial corresponde a quien reclama sin perjuicio de que se pueda modular dicha carga en virtud del principio de facilidad probatoria. En ese sentido, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en su Sentencia de 5 de junio de 2017 (rec. 909/2014), recuerda que *“este Tribunal en la administración del principio sobre la carga de la prueba, ha de partir del criterio de que cada parte soporta la carga de probar los datos que, no siendo notorios ni negativos y teniéndose por controvertidos, constituyen el supuesto de hecho de la norma cuyas consecuencias jurídicas invoca a su favor (por todas, sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 1985, 9 de junio de 1986, 22 de septiembre de 1986, 29 de enero y 19 de febrero de 1990, 13 de enero, 23 de mayo y 19 de septiembre de 1997, 21 de septiembre de 1998), todo ello, sin perjuicio de que la regla pueda intensificarse o*

alterarse, según los casos, en aplicación del principio de la buena fe en su vertiente procesal, mediante el criterio de la facilidad, cuando hay datos de hecho que resultan de clara facilidad probatoria para una de las partes y de difícil acreditación para la otra (sentencias Tribunal Supremo (3ª) de 29 de enero, 5 de febrero y 19 de febrero de 1990, y 2 de noviembre de 1992”.

En el caso que nos ocupa, los reclamantes vienen a sostener de manera genérica y sin valoración médica alguna, que la infravaloración de los síntomas y una atención sanitaria poco diligente influyeron en el desenlace de la enfermedad por COVID de su familiar, lo que implica una pérdida de oportunidad.

Así, para valorar el reproche de una asistencia sanitaria resulta determinante la valoración médica de la misma y en este sentido es especialmente cualificado el informe de la Inspección Sanitaria que, además, en el presente caso, es el único que hace un análisis de la atención médica.

El informe emitido sobre la asistencia prestada al paciente comienza exponiendo los protocolos y recomendaciones existentes sobre el manejo clínico de los pacientes con sospecha de COVID, donde se recoge que, si se tratara de una enfermedad no complicada o con sintomatología leve, se indicará a las personas la realización de aislamiento domiciliario. La enfermedad no complicada se define como aquella que cursa con síntomas locales en vías respiratorias altas y puede presentar síntomas inespecíficos como fiebre, dolor muscular o síntomas atípicos en ancianos.

Teniendo en cuenta los protocolos existentes al momento de producirse los hechos analizados, la inspectora informante no aprecia reproche alguno a la asistencia dada al paciente, que se ha prestado atendiendo a su sintomatología y los conocimientos científicos que se tenían de la enfermedad.

Así, en cuanto al supuesto retraso de diagnóstico por parte del facultativo del Centro de Salud Barrio del Pilar, ciertamente, a la vista de la transcripción de las anotaciones obrantes en la historia clínica, el padre y esposo de los reclamantes, más allá de una fiebre moderada, no presentaba signos de gravedad de la enfermedad, ni siquiera de sospecha, no constando dato alguno de insuficiencia respiratoria, deshidratación por vómitos o diarrea, ni cualquier otro síntoma recogido como muestra de gravedad de la enfermedad. Es más, dado su historial médico, donde ya constaban episodios de infección del tracto urinario, fue este el diagnóstico y el tratamiento pautado. Es posteriormente, tras su ingreso en Urgencias del Hospital Universitario La Paz el 14 de marzo de 2020 cuando mostró un repentino cambio evolutivo que llevó al *exitus* en un breve espacio de tiempo. Cabe recordar que el diagnóstico clínico se realiza en función de los síntomas que presenta el paciente y que permiten al facultativo decidir la realización de pruebas que, a su vez, perfilan el diagnóstico final (en este sentido la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 26 de abril de 2018 (recurso 75/2017)).

Por lo que respecta a la supuesta desatención y falta de vigilancia por parte del personal médico del Hospital Universitario La Paz, negligencia que facilitó que el paciente se retirara el oxígeno a pesar de las contenciones mecánicas con que contaba y sufriera, incluso, un episodio de deshidratación, agravando su patología según los reclamantes, la Inspección Sanitaria señala que *“la indicación de contención debe hacerse de manera excepcional y con justificación clínica, lo que sí ocurría en este caso en el que la indicación era garantizar que se mantuviera el dispositivo de oxigenoterapia y la vía parenteral. El hecho de que, a pesar de las medidas de contención aplicadas, el paciente consiguiera retirarse la mascarilla no supone que la inmovilización fuera incorrecta. Las medidas se aplican con el*

objetivo de inmovilizar al paciente, pero la sujeción ha de hacerse preservando su seguridad y evitando ocasionarle lesiones adicionales”.

En todo caso, y así lo corrobora la historia clínica y la propia Inspección Sanitaria, tales episodios fueron rápida y adecuadamente tratados y no hay evidencia de que hayan sido la causa de la evolución desfavorable del paciente, motivada, según refiere la médico inspectora *“por la gravedad del cuadro de neumonía grave por COVID-19 con hipoxemia y cuadro confusional también secundario a la infección, unidos a su avanzada edad”.*

Por último, y en cuanto al alegado retraso en la realización de alguna prueba por defectos en el material, en opinión de la Inspección Sanitaria también carece de repercusión en la evolución clínica, pues no ocasiona más que una simple molestia al paciente por precisar una nueva extracción de sangre.

En todo caso, al margen de la valoración médica que pone de manifiesto el correcto abordaje y tratamiento del paciente, no puede obviarse el contexto en el que se produjo la asistencia. En efecto, como es sabido, en marzo de 2020 se produjo una súbita aparición de contagios por un virus de reciente aparición, que llevó a la Organización Mundial de la Salud a la declaración de pandemia internacional el 11 de marzo y al Gobierno a declarar el estado de alarma por la emergencia sanitaria mediante el RD 463/2020, de 14 de marzo. Así, nos encontrábamos ante una situación excepcional en el que los medios humanos y materiales ordinarios y exigibles no eran suficientes para la atención sanitaria de los numerosos enfermos en condiciones de normalidad, lo que hacía necesario una racionalización de esos medios. Ante dicho escenario, resulta imposible desvincular un caso como el presente de la situación límite que se experimentó en la sanidad pública y en el conjunto de la sociedad, al comienzo de la pandemia, tal y como ha indicado esta misma Comisión Jurídica

Asesora, en precedentes ocasiones, como los dictámenes 177/22 y 184/22, ambos de 29 de marzo y, en igual sentido, el Consejo Consultivo de Andalucía, en sus dictámenes 424/21, de 1 de junio y 100/22, de 10 de febrero.

Por otra parte, como se recoge en el informe de la inspectora, la enfermedad carecía de tratamiento efectivo conocido, habiéndose realizado múltiples modificaciones de los protocolos de tratamiento en los dos años de existencia de la enfermedad. Ello muestra que, en ese estado de la ciencia, se carecía de conocimientos que permitieran prever la evolución de la enfermedad ni su tratamiento efectivo, como desgraciadamente la realidad ha puesto de manifiesto a la vista del número de fallecimientos, principalmente entre personas de avanzada edad, como es el caso del familiar de los reclamantes.

En consecuencia, cabe concluir que el respectivo esposo y padre de los reclamantes recibió una asistencia adecuada a su sintomatología y a las circunstancias concurrentes, sin que se omitiese tratamiento médico o farmacológico conocido que hubiera podido revertir la evolución tórpida de la enfermedad ni, por ende, el fallecimiento.

En mérito a cuanto antecede, la Comisión Jurídica Asesora formula la siguiente

CONCLUSIÓN

Procede desestimar la reclamación de responsabilidad patrimonial al no apreciarse relación de causalidad entre el fallecimiento y la asistencia prestada por el servicio público sanitario.

A la vista de todo lo expuesto, el órgano consultante resolverá según su recto saber y entender, dando cuenta de lo actuado, en el plazo de quince días, a esta Comisión Jurídica Asesora de conformidad con lo establecido en el artículo 22.5 del ROFCJA.

Madrid, a 31 de mayo de 2022

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 342/22

Excmo. Sr. Consejero de Sanidad

C/ Aduana nº 29 - 28013 Madrid