

Dictamen nº: **652/22**
Consulta: **Consejero de Sanidad**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **18.10.22**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, en su sesión de 18 de octubre de 2022, aprobado por unanimidad, 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., D. y D. (en adelante los “reclamantes”), que actúan representados por un letrado; por el fallecimiento de su esposo y padre, D., que atribuyen a una defectuosa asistencia sanitaria prestada en el Hospital Universitario La Paz, estando contagiado de la Covid-19, donde consideran que se le privó de la oportunidad de sanar al no ingresarlo en la UCI.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por escrito presentado el día 12 de marzo de 2021 en el registro electrónico de la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid, los reclamantes anteriormente citados, representados por un abogado, vienen a informar de que el 19 de octubre de 2020, habían formulado reclamación administrativa previa a la vía judicial frente a la Comunidad de Madrid (SERMAS) y al Ministerio de Sanidad, cuestionando la asistencia dispensada al esposo y padre de los reclamantes, en el Hospital Universitario La Paz, al considerar que

determinó que sufriera una pérdida de la oportunidad de curar de la Covid- 19 que padecía y propició su fallecimiento.

En el mismo escrito solicitan que se tenga por interpuesta reclamación de responsabilidad patrimonial, frente a la Comunidad de Madrid (SERMAS) y frente al Ministerio de Sanidad y adjuntan la copia de la reclamación inicial, últimamente citada, a cuyo contenido se remiten. También aportan el poder de representación del letrado actuante, el libro de familia del finado, para acreditar la relación de parentesco entre el mismo y los reclamantes, el certificado de defunción de su pariente y diversa documentación médica.

El escrito de reclamación inicial expone que el esposo y padre de los reclamantes falleció el día 13 de marzo de 2020, en el contexto de la pandemia producida por la Covid-19. A continuación relatan las circunstancias de la asistencia que recibió a cargo de la sanidad madrileña, desde el día 1 de marzo del mismo año, cuando fue trasladado en ambulancia al Servicio de Urgencias del Hospital Ramón y Cajal, tras sufrir una caída en su domicilio, con fractura del húmero.

Tras la primera asistencia, ante la posibilidad de que dicha fractura requiriera cirugía, se le remitió a su hospital de referencia, el Hospital Universitario La Paz, hasta donde fue trasladado por su esposa.

Explican que, en un primer momento fue dado de alta, citándole en consultas externas, donde se desestimó la cirugía; aunque en una nueva consulta, el día 9 de marzo, tras revisar las pruebas radiológicas, se indicó la necesidad de llevar a cabo una intervención quirúrgica y se dejó ingresado para cirugía el 11 de marzo.

Finalmente, la cirugía fue suspendida por la *“restricción en recursos asistenciales debido a la situación excepcional de epidemia por coronavirus”- sic.-*.

El 12 de marzo de 2020 se decidió realizar al paciente PIC y PCR, ya que los días previos a su ingreso presentó tos seca y febrícula y durante el ingreso, abundante expectoración y fiebre de 38°C. Se mantuvieron medidas de aislamiento.

A las 6:00h de la mañana del día siguiente, 13 de marzo, el paciente se encontraba disneico, con gran trabajo respiratorio e hipertermia de 40.6°C, aunque con mascarilla-reservorio de O² saturaba al 92% y permanecía termodinámicamente estable.

Refieren que, en torno a las 7:49h, el Servicio de Enfermería encontró al paciente con mal estado general, taquipnea y desaturación hasta el 70%, siendo explorado por Medicina Intensiva y, a pesar de su situación, se desestimó su traslado a UCI.

Horas después se certificó su fallecimiento, tras encontrarle en la habitación ya sin vida.

Por lo expuesto, consideran los reclamantes que su pariente resultó desatendido, al desestimarse su traslado a la UCI, ocasionándole así una pérdida de oportunidad de sanar, al encontrarse contagiado del virus de la Covid-19 y propiciando su fallecimiento.

El mismo escrito desarrolla ampliamente una argumentación según la cual las administraciones implicadas –las autonómicas y también la estatal- habrían desatendido sus obligaciones, señaladamente durante las fases iniciales de la pandemia, reprochando que no se hubiera dispuesto desde el principio de la totalidad de los recursos de la sanidad privada, para atender las especiales necesidades surgidas, que congestionaron la sanidad pública e impidieron que en situaciones como la de su pariente, se actuara eficazmente.

Por todo ello y para el resarcimiento de los daños y perjuicios causados, los reclamantes cuantifican el importe de la indemnización solicitada en 234.194 €.

En materia probatoria, además de la documental aportada, proponen que se incorpore el historial clínico del paciente fallecido y que se les facilite copia de la póliza del seguro de responsabilidad civil que cubra el siniestro objeto de la presente reclamación.

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

El paciente, de 62 años de edad en el año 2020, estaba diagnosticado de enfermedad de Parkinson desde el 2014 y, en ese momento, presentaba la enfermedad en estado avanzado. Para su tratamiento tenía pautado Sinemet, Meuropro y Ongentys y, además, portaba un estimulador cerebral profundo. En cuanto a su situación funcional, era dependiente para las actividades de la vida diaria, con actividad cama-sillón e incontinencia vesical, con uso de pañal; presentaba inestabilidad postural grave, precisaba el uso de andador para la marcha y había sufrido múltiples caídas. La historia clínica también señala entre sus hábitos, que era fumador de 20 cigarrillos/día y consumidor de alcohol de 7gr/día.

Según consta, después de sufrir una caída en su domicilio, el paciente fue atendido el 29 de febrero de 2020 en las Urgencias del Hospital Universitario Ramón y Cajal, tras activarse una ambulancia por el SUMMA 112, que recibió el correspondiente aviso esa noche a las 21:13 horas. Fue diagnosticado de fractura de húmero y remitido a su hospital de referencia, el Hospital Universitario La Paz, para valorar la posibilidad de tratamiento quirúrgico.

El día 1 de marzo de 2020 acudió a Urgencias del Hospital Universitario La Paz, derivado del Hospital Universitario Ramón y Cajal,

por fractura diafisaria de tercio proximal de húmero con extensión capital, tras sufrir caída casual sobre hemicuerpo derecho. La exploración física anotada reflejó temperatura de 35.9⁰, tensión arterial de 133/99, frecuencia cardiaca de 61 latidos por minuto, saturación O² basal 95%.

Constatándose en la radiografía una fractura diafisaria proximal de húmero derecho, le fue inmovilizado el miembro superior derecho con férula braquial y cabestrillo, constando buen relleno y movilidad distal; estado neurovascular distal normal y radial, motor y sensitivo, correcto. Tras la asistencia, se le dio de alta a domicilio, con tratamiento con paracetamol, hielo local y reposo, siendo citado en consulta de Traumatología el día siguiente con radiografía de control.

En la consulta del 2 de marzo de 2020 se apreció una correcta alineación de los fragmentos óseos, solicitándose nueva radiografía de control y revisión en consulta.

En la revisión en consulta del día 9 de marzo de 2020, las radiografías mostraron un desplazamiento lateral del fragmento distal, si bien conservando contacto entre los dos fragmentos principales, por todo lo cual se le indicó tratamiento quirúrgico, para lo que ingresó el día 10 de marzo, con intervención programada para el día siguiente.

La intervención programada para el 11 de marzo de 2020 se suspendió por las circunstancias excepcionales de la pandemia COVID, proponiéndose al paciente el alta a domicilio hasta nueva fecha de intervención; con la indicación explícita del alto riesgo de permanecer ingresado en el contexto epidemiológico del momento, además del incremento de riesgo de contagio tras la cirugía. No obstante, el paciente y su familia decidieron que permaneciera ingresado a la espera de cirugía- folio 58 del expediente-.

Adicionalmente, según consta anotado, el día 12 de marzo, la familia refirió que el paciente presentaba tos seca y febrícula, desde hacía días; por lo que se le realizó una PCR con resultado negativo, aunque se solicitó repetir por la sintomatología, adoptando medidas de aislamiento.

El 13 de marzo de 2020 a las 7:00h fue valorado por el traumatólogo de guardia, por presentar disnea y desaturación. El paciente se encontraba somnoliento con saturación de 70%, recuperando a 92% con reservorio a 7 Litros de O². También presentaba estertores en ambos campos pulmonares y abundantes secreciones. Se le tomó analítica, con gasometría arterial y se solicitó PIC a Medicina Interna y Medicina Intensiva.

Consta que, en esa situación se intentó contactar en múltiples ocasiones con la familia, sin conseguirlo.

Valorado por Medicina Interna, se anotó que presentaba fiebre, trabajo respiratorio y desaturación de 70% que remontó con oxigenoterapia. Estaba taquipneico, con saturación de O² al 92%, con mascarilla-reservorio, con trabajo respiratorio y empleo de musculatura abdominal. La auscultación cardiaca mostraba taquicardia y la pulmonar roncus y ruido de secreciones generalizadas.

Ante dicha sintomatología, se le pautó corticoides, Buscapina, cloruro mórfico y amoxiclavulánico y nuevamente se intentó contactar con la familia sin éxito- folio 98-.

Valorado por Medicina Intensiva se consideró que dada la patología basal y la enfermedad crónica avanzada que padecía el paciente, no se beneficiaría de medidas invasivas, ni de ingreso en la Unidad de Cuidados Intensivo.

Tras las medidas adoptadas persistió mala mecánica ventilatoria, con trabajo respiratorio, aunque mejorando la saturación a 95%. A pesar del tratamiento, la evolución fue rápidamente desfavorable y el paciente falleció a las 10:04 h.

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

Tras la comunicación efectuada a la aseguradora del SERMAS, con fecha 27 de mayo de 2021, dicha entidad informó que el siniestro al que se refiere la solicitud carece de cobertura, a la vista del contenido de la póliza.

Por su parte, el día 2 de junio de 2021, se comunicó a los reclamantes el inicio del expediente y la normativa aplicable al mismo y la circunstancia de que transcurridos 6 meses podrían entender desestimada su solicitud, a los efectos de poder interponer recurso contencioso administrativo.

De igual modo y con la misma fecha se comunicó la existencia del procedimiento al Hospital Universitario La Paz, cuya asistencia se cuestiona, además de al SUMMA 112 y al Hospital Universitario Ramón y Cajal, requiriéndoles la historia clínica del paciente, para documentar su intervención en el proceso.

El día 3 de junio de 2021, se recibió nota interior suscrita por la directora médico asistencial del SUMMA 112, que relata su intervención, indicando que el día 20 de febrero de 2022, a las 21.13 horas les solicitaron telefónicamente una asistencia por una caída y que la misma consistió en la activación de una ambulancia urgente, que trasladó al

paciente desde su domicilio, hasta el Hospital Universitario Ramón y Cajal- folio 78-.

También se remitió el parte de la Urgencia en el Hospital Ramón y Cajal, que refleja que le colocaron una férula en U con cabestrillo y le remitieron a su hospital de referencia a la mayor brevedad, para que allí se valorase la posibilidad de tratamiento quirúrgico de la fractura, recibiendo el alta la madrugada del día 1 de marzo, a las 00:40 horas - folios 80 y 81-.

Consta emitido informe por el jefe del Servicio de Cirugía Ortopédica y Traumatología del Hospital universitario La Paz- folio 96, detallando las asistencias en las Urgencias de ese hospital, el día 1 de marzo a las 01:30 horas, remitido desde el Hospital Universitario Ramón y Cajal, así como las de las consultas de los días 2 y 9 de marzo de 2020.

En cuanto a esta última, se explica que se indicó tratamiento quirúrgico al paciente, por desplazamiento lateral de un fragmento distal, remitiéndole a Urgencias para tramitar el preoperatorio y el ingreso y programándose la intervención para el día 11 de marzo, aunque en esa fecha no se pudo disponer del quirófano al haberse modificado su uso, dadas las excepcionales circunstancias de pandemia Covid. Ante esa circunstancia “...se le recomienda el alta hospitalaria y reingresar cuando se dispusiera de quirófano, dadas las circunstancias basales del paciente. Sin embargo, el paciente y su familiar prefieren permanecer en el hospital” y se añade en el mismo informe: “con motivo de la suspensión de la intervención el día 11 de marzo de 2022, se informó al paciente y familiar del riesgo de permanecer ingresado, dadas las circunstancias de la entonces pandemia Covid y de la dificultad de conocer la fecha de la eventual intervención en esas circunstancias, ofreciéndoles la opción de reingresar cuando se dispusiera de quirófano”.

El informe añade que, con motivo del empeoramiento clínico del paciente en la tarde del día 12 y madrugada del día 13, se contactó con Medicina Interna y Medicina Intensiva, según consta en la historia clínica.

Sobre la actuación de Medicina Interna, en informe de 23 de septiembre de 2021- folio 98-, el responsable del servicio explica que: *“el día 13 de marzo de 2020, el paciente presentó disnea y desaturación, por lo que fue valorado por el traumatólogo, que realizó interconsulta a la guardia de Medicina.*

El médico de guardia de Medicina realizó valoración ese mismo día (07:12h) de la situación clínica del paciente, con revisión de historia clínica, realización de exploraciones y revisión de analítica, PCR de Sars-cov2 (negativa el 12 de marzo de 2020) y pruebas disponibles en estación de trabajo – HCIS, pautando posteriormente tratamiento farmacológico, aerosoles y oxigenoterapia. En su comentario en HICS consta que intentó contactar con familiares telefónicamente en los teléfonos registrados para informarles, sin éxito”.

Consta igualmente informe suscrito por el jefe de Medicina Interna del Hospital Universitario La Paz, de fecha 29 de septiembre de 2021, analizando de forma concreta la decisión de optimizar los cuidados en planta y no ingresar en la Unidad de Cuidados Intensivos del hospital al paciente- folios 99 a 102-.

En el mismo se explican los razonamientos valorados, que tuvieron en cuenta la gravedad de la sintomatología que presentaba el paciente en el momento de la toma de la decisión y las circunstancias de su situación basal, destacando que, en cualquier caso, se instauró el tratamiento farmacológico que la situación demandaba, incluida la oxigenoterapia, acorde a los protocolos vigentes en esa fecha.

Así, indica: “en el caso que nos ocupa, valoramos al paciente que se encontraba en una situación clínica de hipertermia > 40°, trabajo respiratorio >25 respiraciones por minuto y desaturación hasta 70% que remonta hasta 92% con oxigenoterapia y presentaba como antecedente personal la enfermedad de Parkinson estadio III, de larga evolución (diagnosticada en el 2014), con mala respuesta al tratamiento (precisando de colocación de neuroestimuladores en el 2019) con hemorragia como complicación e inestabilidad postural grave, con episodio de caídas con frecuentes visitas a Urgencias y que le supone una situación basal, como consta en la historia clínica, de dependencia para actividades de la vida diaria con actividad cama-sillón e incontinencia vesical con uso de pañal, que se puede comprobar con los diferentes informes que existen en la historia clínica de las diferentes especialidades implicadas durante varios años en su manejo evolutivo (Neurología, Neurofisiología, Traumatología, Urgencias...) y que no adjunto por preservar la intimidad del paciente y cumplir con la Ley Orgánica de Protección de Datos”.

A continuación, explica que analizados los 3 aspectos (situación clínica, antecedentes personales y situación basal) de forma consensuada entre los servicios responsables (Medicina Interna y Traumatología) y Medicina Intensiva, de acuerdo con los protocolos vigentes; se consideró que el paciente no era candidato a la utilización de medidas invasivas como la ventilación mecánica, ni de ingreso en UCI, por lo que se decidió optimizar el tratamiento en planta.

Sobre la concreta forma de efectuar esa valoración, señala: “la valoración de la severidad de un paciente para determinar su ingreso en un Servicio de Medicina Intensiva se realiza mediante diversas escalas clínicas. La escala que más ampliamente se maneja en la mayoría de los servicios de Medicina Intensiva en España y en el mundo y evidentemente en el Hospital Universitario La Paz, es la escala APACHE II (Acute Physiology and Chronic Health Evaluation). Esta escala, versión II, ha sido la que mejor validación internacional ha tenido y la que hasta ahora

ha dado mejor resultado, con respecto a su valoración estadística. Utiliza los valores clínicos y analíticos que presente un paciente durante las primeras 24 horas de estancia, obteniendo un valor numérico que se relaciona directamente con la probabilidad de fallecimiento. En este caso, al paciente se le calculó, en función de su situación clínica en el momento de la valoración, una puntuación APACHE II > 30, cuya mortalidad esperada es de al menos el 75%, a lo que habríamos de sumar la inferida de los otros condicionantes considerados.

Todos estos datos dieron a entender al equipo del Servicio de Medicina Intensiva que, en aquellas condiciones clínicas y teniendo en cuenta los antecedentes personales y su situación basal, la posibilidad de supervivencia de este paciente era altamente improbable”:

A continuación desarrolla los fundamentos de su decisión, a partir de los datos estadísticos sobre la probabilidad de supervivencia del paciente obtenidos, indicando que los objetivos generales de la medicina moderna son:

- La prevención de la enfermedad y de las lesiones y la promoción y el mantenimiento de la salud.

- El alivio del dolor y del sufrimiento causado por la enfermedad y las dolencias.

- La asistencia y curación de los enfermos y el cuidado de los que no pueden ser curados.

- Procurar evitar la muerte prematura y velar por una muerte digna.

Por lo cual y dentro de este marco, el ingreso de un paciente en un Servicio de Medicina Intensiva está justificado si es subsidiario de beneficio para él, es decir, cuando sea posible revertir o paliar su situación crítica e idealmente lograr su reinserción familiar y social,

debiendo respetar los principios básicos de la bioética clínica: beneficencia, no-maleficencia, autonomía y justicia.

Finalmente, recuerda que la práctica de la adecuación del esfuerzo terapéutico se encuentra hoy en día jurídicamente respaldada de forma clara en las comunidades autónomas que la han regulado explícitamente, entre las que se encuentra la Comunidad de Madrid y se encuentra en sintonía con el necesario respeto a la dignidad humana, al derecho a la autonomía del paciente (libertad que tiene para tomar decisiones sobre su propia vida) y el deber del profesional de no realizar tratamientos que no aporten beneficio al paciente, e incluso puedan determinar una *“obstinación terapéutica y diagnóstica”*, que constituye una mala práctica clínica, según previsión del artículo 5, punto 9 de la Ley 4/2017, de 9 de marzo, de Derechos y Garantías de las Personas en el Proceso de Morir. Esa misma norma, también define en el punto 6 del mismo artículo 5 la debida *“adecuación del esfuerzo terapéutico”*, indicando: *“consiste en retirar, ajustar o no instaurar un tratamiento cuando el pronóstico de vida limitada así lo aconseje. Es la adaptación de los tratamientos a la situación clínica del paciente. La adecuación del esfuerzo terapéutico supone aceptar la irreversibilidad de una enfermedad en la proximidad de la muerte y la conveniencia de abandonar las terapias que mantienen artificialmente la vida, manteniendo las de tipo paliativo. Forma parte de la buena práctica clínica y es una obligación moral y normativa de los profesionales”*.

El informe concluye que, según todo lo expuesto, la decisión de no ingresar la paciente en la UCI estaba completamente justificada y añade que: *“el hecho de ingresar un paciente en la UCI no quiere decir que se le trate mejor, y de hecho las medidas invasivas no siempre suponen una ventaja terapéutica, es por eso por lo que en nuestra especialidad la toma de decisiones de ingreso o no, hace parte de ‘nuestro expertise’ (en mi caso con > 25 años de labor asistencial) y de una manera práctica*

aplicamos ‘scores’ que nos permiten estimar la mortalidad y por tanto hacer objetiva la decisión de ingresar o no”.

Además de los informes referenciados, se ha incorporado al procedimiento el de la Inspección Sanitaria de fecha 25 de mayo de 2022 (folios 113 a 135) que analiza la asistencia sanitaria prestada a la paciente y concluye que *“la asistencia prestada se ha ajustado a la lex artis”*.

Tras la incorporación al procedimiento de los anteriores informes y de la historia clínica, se evacuó el oportuno trámite de audiencia a los reclamantes, a través de su abogado, el día 27 de junio de 2022- folio 117-. Se han efectuado alegaciones finales el 14 de julio, insistiendo en los planteamientos iniciales y manifestando que el estado del paciente en el momento en que aparecen los síntomas no justificaba el rechazo del traslado a la UCI y afirmando que, la pandemia de COVID-19 trajo consigo una saturación de los servicios de salud que significó el abandono de ciertos pacientes.

Adicionalmente manifiestan que la decisión de no trasladar a su pariente a la UCI, porque supuestamente se le hubiera ocasionado un sufrimiento añadido, se tomó de manera unilateral por el equipo médico, ignorando por completo al paciente, que se encontraba con plenas capacidades, así como a sus familiares, que insisten en el ingreso y contraviene las previsiones del artículo 8 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, de Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica. Por todo ello consideran que la asistencia prestada conculcó la *lex artis ad hoc*.

Finalmente, se ha formulado propuesta de resolución por el viceconsejero de Asistencia Sanitaria y Salud Pública con fecha 1 de septiembre de 2022 desestimatoria de la reclamación al considerar que no concurrir la antijuridicidad del daño.

CUARTO.- Por escrito del consejero de Sanidad con registro de entrada en la Comisión Jurídica Asesora el día 16 de septiembre de 2022 se formuló preceptiva consulta a este órgano.

Ha correspondido la solicitud de consulta del presente expediente, registrada en la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid con el nº 598/22, a la letrada vocal Dña. Carmen Cabañas Poveda, que formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen, deliberada y aprobada, por el Pleno de esta Comisión Jurídica Asesora en su sesión de 18 de octubre de 2022.

El escrito de solicitud de dictamen preceptivo está acompañado de documentación, que se considera suficiente.

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 15.000 € por solicitud del consejero de Sanidad, órgano legitimado para ello de conformidad con lo dispuesto en 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 interesada según consta en los antecedentes, se regula en la LPAC de conformidad con su artículo 1.1, con las particularidades previstas para los procedimientos de

responsabilidad patrimonial en los artículos 67, 81 y 91. Su regulación debe completarse con lo dispuesto en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en lo sucesivo, LRJSP), cuyo capítulo IV del título preliminar se ocupa de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.

Los reclamantes ostentan legitimación activa para promover el procedimiento de responsabilidad patrimonial, al amparo del artículo 32.1 de la LRJSP, en cuanto son la esposa e hijos de la persona que recibió la asistencia sanitaria que consideran incorrecta, según acredita el libro de familia; cuyo fallecimiento le ocasionó un indudable daño moral.

No obstante, en cuanto a la pretendida lesión del derecho a la autonomía del paciente, los reclamantes carecen de legitimación para reclamar por la supuesta falta de información al paciente, como ya sostuvimos en nuestros dictámenes 46/16, de 28 de abril; 166/16, de 9 de junio; 507/16, de 10 de noviembre; 141/18, de 22 de marzo, 200/18, de 3 de mayo o 162/21, de 13 de abril, entre otros, al considerarlo como daño moral personalísimo (como se deduce del artículo 5.1 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, según el cual el titular del derecho a la información es el propio paciente, y de la Sentencia 37/2011, de 28 de marzo, del Tribunal Constitucional) y, por tanto, intransmisible a los herederos, de tal forma que solo el paciente puede reclamar por la vulneración de su autonomía.

Esta Comisión Jurídica Asesora no desconoce la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 2021 (recurso 3935/2019), si bien no considera que sea suficientemente concluyente como para propiciar un cambio de criterio, puesto que no contiene pronunciamiento expreso

sobre la transmisibilidad del daño moral, - personalísimo,- en que traduce dicha falta de información.

La legitimación pasiva corresponde a la Comunidad de Madrid, al reprochar la falta de asistencia al paciente fallecido por el Hospital Universitario La Paz, dependiente de la red sanitaria pública de la Comunidad de Madrid.

En lo relativo al plazo de presentación de la reclamación, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 67.1 de la LPAC el derecho a reclamar responsabilidad patrimonial a la Administración prescribe al año de manifestarse el efecto lesivo y de que se haya determinado el alcance de las secuelas.

En el presente caso, fallecido el paciente el día 13 de marzo de 2020, la reclamación presentada el día 19 de octubre de 2020 y luego reiterada el 12 de marzo de 2021, se encuentra lógicamente en plazo; con independencia de la suspensión de los plazos de prescripción durante la vigencia del estado de alarma y sus prórrogas y, por tanto, entre el 14 de marzo y 4 de junio de 2020, conforme la disposición adicional 4ª del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.

En cuanto al procedimiento, se observa que se ha recabado la historia clínica del paciente, el informe del responsable del Servicio de Medicina Intensiva del Hospital Universitario La Paz – además de otros de diferentes servicios que también trataron al paciente- y se ha incorporado al procedimiento el informe de la Inspección Sanitaria.

Después, se ha conferido el trámite de audiencia a los reclamantes, que han efectuado alegaciones finales a través de su letrado y se ha formulado la correspondiente propuesta de resolución, que ha sido

remitida, junto con el resto del expediente, a la Comisión Jurídica Asesora para la emisión del preceptivo dictamen.

TERCERA.- La responsabilidad patrimonial de la Administración se recoge en el art. 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 LRJSP en su título preliminar, capítulo IV, artículos 32 y siguientes. Regulación que, en términos generales, coincide con la que se contenía en los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC).

La viabilidad de la acción de responsabilidad patrimonial de la Administración, según doctrina jurisprudencial reiterada, por todas, las sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 2018 (recurso de casación 5006/2016), de 11 de julio de 2016 (recurso de casación 1111/2015) y 25 de mayo de 2016 (recurso de casación 2396/2014), requiere:

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. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 2007 (Recurso 10231/2003), con cita de otras muchas declara que *“es doctrina jurisprudencial*

consolidada la que sostiene la exoneración de responsabilidad para la Administración, a pesar del carácter objetivo de la misma, cuando es la conducta del propio perjudicado, o la de un tercero, la única determinante del daño producido aunque hubiese sido incorrecto el funcionamiento del servicio público (Sentencias, entre otras, de 21 de marzo, 23 de mayo, 10 de octubre y 25 de noviembre de 1995, 25 de noviembre y 2 de diciembre de 1996, 16 de noviembre de 1998, 20 de febrero, 13 de marzo y 29 de marzo de 1999)”.

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 cabalmente causado por su propia conducta. Así, según la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de julio de 2009 (recurso de casación 1515/2005 y las 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”.*

CUARTA.- En la asistencia sanitaria, la responsabilidad patrimonial presenta singularidades derivadas de la especial naturaleza de ese servicio público. El criterio de la actuación conforme a la denominada *“lex artis”* se constituye en parámetro de la responsabilidad de los profesionales sanitarios, pues la responsabilidad no nace sólo por la lesión o el daño, en el sentido de daño antijurídico, sino que sólo surge si, además, hay infracción de ese criterio o parámetro básico. Obviamente, la obligación del profesional sanitario es prestar la debida asistencia, sin que resulte razonable garantizar, en todo caso, la curación del enfermo.

Según la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (Sección 4ª) de 19 de mayo de 2015 (recurso de casación 4397/2010), en la apreciación de la concurrencia de la responsabilidad patrimonial derivada de la actuación médica o sanitaria, como reiteradamente ha señalado dicho Tribunal [por todas, sentencias de 21 de diciembre de 2012 (recurso de casación núm. 4229/2011) y 4 de julio de 2013, (recurso de casación núm. 2187/2010)] *“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”*.

Constituye también jurisprudencia consolidada la que afirma que el obligado nexo causal entre la actuación médica vulneradora de la *lex artis* y el resultado lesivo o dañoso producido debe acreditarse por quien reclama la indemnización, si bien esta regla de distribución de la carga de la prueba debe atemperarse con el principio de facilidad probatoria, sobre todo en los casos en los que faltan en el proceso datos o documentos esenciales que tenía la Administración a su disposición y que no aportó a las actuaciones. En estos casos, como señalan las sentencias de 19 de mayo de 2015 (recurso de casación 4397/2010) y de 27 de abril de 2015, (recurso de casación núm. 2114/2013), en la medida en que la ausencia de aquellos datos o soportes documentales

“puede tener una influencia clara y relevante en la imposibilidad de obtener una hipótesis lo más certera posible sobre lo ocurrido”, cabe entender conculcada la *lex artis*, pues al no proporcionarle a los recurrentes esos esenciales extremos se les ha impedido acreditar la existencia del nexo causal.

QUINTA.- Aplicada la anterior doctrina al presente caso, resulta acreditado el fallecimiento de una persona, que provoca un *“daño moral cuya existencia no necesita prueba alguna y ha de presumirse como cierto”* (Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de noviembre de 2004 -recurso 7013/2000- y en similar sentido la Sentencia de 25 de julio de 2003 -recurso 1267/1999-).

La reclamación plantea que el fallecimiento del familiar de los interesados fue debido a una deficiente gestión de la Consejería de Sanidad, en concreto a través de la actuación del Hospital Universitario La Paz; pues consideran que se desatendió al paciente al no ingresarlo en la UCI y que esa decisión determinó que perdiera la oportunidad de sanar de la infección de Covid que había contraído, favoreciendo el desarrollo de la enfermedad y su fatal progresión, hasta la muerte. Además, consideran los reclamantes que medió una deficiente información a la familia, que no consintió el abandono de las medidas terapéuticas.

Para centrar la cuestión relativa a la supuesta infracción de la *lex artis* por parte de los profesionales que atendieron al paciente, debemos partir de lo que constituye regla general y es que la prueba de los presupuestos que configuran la responsabilidad patrimonial de la Administración corresponde a quien formula la reclamación. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 5 de noviembre de 2019 (recurso 886/2017), con cita de la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Como es sabido, y así lo destaca, entre otras, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 11 de marzo de 2020 (recurso 829/2017) *“las alegaciones sobre negligencia médica deben acreditarse con medios probatorios idóneos, como son las pruebas periciales médicas, pues estamos ante una cuestión eminentemente técnica y este Tribunal carece de los conocimientos técnicos-médicos necesarios, por lo que debe apoyarse en las pruebas periciales que figuren en los autos, bien porque las partes hayan aportado informes del perito de su elección al que hayan acudido o bien porque se hubiera solicitado la designación judicial de un perito a fin de que informe al Tribunal sobre los extremos solicitados”*.

En este caso, la hora de analizar la actuación sanitaria criticada ha de acudir a los informes obrantes en el expediente como son los de los servicios de Medicina Interna y Medicina Intensiva del Hospital Universitario La Paz, además del de la Inspección Sanitaria, así como los datos de la propia historia clínica, ya que los reclamantes no han aportado al procedimiento ninguna prueba de sus afirmaciones.

De los informes obrantes en el expediente, así como de la historia clínica que se reproduce en el antecedente de hecho segundo de este dictamen, resulta que el paciente estuvo en todo momento atendido y fue adecuadamente aislado y tratado, desde que se sospechó que padecía la Covid-19, recibiendo tempranamente los tratamientos que el estado de la ciencia recomendaba para esa enfermedad.

En este sentido, el informe de la Inspección Sanitaria destaca, en referencia a la concreta asistencia dispensada a este paciente que, tan pronto como se tuvo conocimiento de la sintomatología del paciente, compatible con una infección por SARS-CoV-2, se instauró tratamiento farmacológico y de oxigenoterapia acorde a los protocolos vigentes en esa fecha, además de las medidas de aislamiento.

En cuanto a la decisión de no ingresar en la UCI este paciente, la inspectora destaca que el informe del Ministerio de Sanidad de 3 de abril de 2020 sobre los aspectos éticos del SARS-Cov-2, en su apartado dedicado a los criterios de admisión de pacientes con síntomas graves en unidades de cuidados intensivos y aplicación de ventilación mecánica asistida, establece que los principios rectores habrán de responder a criterios objetivos, generalizables, transparentes, públicos y consensuados. Pero al mismo tiempo habrá que saber combinar el marco general de tales criterios con una reflexión minuciosa sobre la situación y circunstancias que presente cada paciente en particular, valorando dentro de ese marco general de principios rectores, la singularidad y la individualidad de cada persona.

Como criterios generales aplicables determina los siguientes:

1. No discriminación por ningún motivo ajeno a la situación patológica del paciente y a las expectativas objetivas de supervivencia.

2. El principio de máximo beneficio en la recuperación de vidas humanas, que debe compatibilizarse con la continuación de la asistencia iniciada de forma individual de cada paciente.

3. Gravedad del estado de enfermedad del paciente que evidencie la necesidad de cuidados intensivos (asistencia en unidades de cuidados intensivos y acceso a ventiladores mecánicos o, en su defecto, acceso en todo caso a estos últimos).

4. Expectativas objetivas de recuperación del paciente en el corto plazo a su estado previo de salud, teniendo en cuenta la concurrencia o no de patologías graves acompañantes que evidencien un pronóstico fatal (enfermos terminales con pronóstico de irreversibilidad, estado de coma irreversible, etc.), aunque pueda comportar una atención clínica añadida.

5. Orden temporal de entrada en contacto con el sistema de salud, consistente en este caso en la data de ingreso en el centro, con el fin de objetivar el punto de partida de los pacientes de los que se responsabiliza el sistema. Sin embargo, este criterio nunca debe anteponerse a los anteriores, pues podría provocar la preferencia de pacientes de menor urgencia, atendiendo a la gravedad de su situación, o de pacientes sin ningún pronóstico favorable sobre su recuperación.

De otra parte, los criterios clínicos propuestos en el triaje para la reanimación cardiopulmonar y soporte vital avanzado en COVID-19, se basan en una evaluación clínica y en el uso de “scores” pronósticos - reglas de predicción-, con el fin de dotar a la decisión de la mayor objetividad y rigor.

En este caso, la estimación de pronóstico a corto plazo utilizó la “escala APACHE-II”, como herramienta de apoyo y la estimación del pronóstico a largo plazo, analizó la situación basal de este paciente, valorando el criterio funcional y cognitivo y el número y gravedad de sus comorbilidades asociadas, con especial atención a las llamadas “comorbilidades de alto impacto” que presentaba, como era la enfermedad de Parkinson, pues los pacientes con la misma presentan un incremento del riesgo relativo de mortalidad, que se estima entre el 1,8 y el 2,3.

Además, sobre la problemática añadida en este caso, ante la sintomatología respiratoria que acompaña a la Covid y de la que ya estaba aquejado gravemente el paciente, con una saturación del 70%; la Inspección Sanitaria explica que, la enfermedad de Parkinson con frecuencia se asocia a complicaciones respiratorias fatales relacionadas con la infección. La debilidad de los músculos inspiratorios ocurre tarde en la progresión de la enfermedad, cuando las presiones inspiratorias máximas pueden caer hasta aproximadamente el 30% del valor previsto. También se observa debilidad de los músculos espiratorios, de forma

que los pacientes no pueden generar un aumento rápido del flujo espiratorio máximo. Este deterioro es similar a la hipocinesia generalizada, que es una característica común en la enfermedad de Parkinson y tiene un efecto nocivo sobre la función de la tos. Además, señala que, estos pacientes suelen presentar movimientos involuntarios que afectan las vías respiratorias superiores y pueden causar dificultades significativas si se requiere intubación traqueal y que la atrofia multisistémica se ha asociado con patrones de respiración irregulares y obstrucción de las vías respiratorias superiores potencialmente mortal, relacionada con la glotis y la disfunción de las cuerdas vocales que se estrechan durante el sueño.

Se añade también que la ventilación artificial evita que un paciente con insuficiencia respiratoria grave fallezca en ese momento, pero no es una intervención curativa y solamente aspira a mantener con vida al paciente mientras hacen efecto los tratamientos específicos o la propia inmunidad del enfermo. En este caso, la situación clínica y la grave patología de base del afectado condicionaban y limitaban completamente la posibilidad de recuperación del paciente. El ingreso en la UCI le hubiera supuesto un sufrimiento añadido, sin posibilidades de éxito.

Por tanto, en este caso, las decisiones clínicas se adoptaron valorando todos los factores y buscando el máximo beneficio y el menor daño posible para el paciente, puesto que la aplicación de medidas terapéuticas proporcionadas, evitando tanto la obstinación terapéutica como el abandono; el alargamiento innecesario y el acortamiento deliberado de la vida, constituye una buena práctica médica.

En cuanto al derecho a decidir de la familia del enfermo sobre el carácter más o menos invasivo del tratamiento y, en concreto, sobre si procedía la limitación del esfuerzo terapéutico en este caso, debemos recordar que, según consta en la historia clínica, en el momento en que

se adoptó la decisión, se intentó en varias ocasiones contactar telefónicamente con la familia del paciente, sin éxito.

Por otra parte, Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, que dedica su artículo 8 al consentimiento informado, definiéndolo en su apartado 1 como: *“Toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que, recibida la información prevista en el art. 4, haya valorado las opciones propias del caso”*; regula en el artículo 9 los límites del referido consentimiento informado y en su apartado 6 se ocupa de los casos en que los familiares sean quien deben consentir y dispone: *“6. En los casos en los que el consentimiento haya de otorgarlo el representante legal o las personas vinculadas por razones familiares o de hecho en cualquiera de los supuestos descritos en los apartados 3 a 5, la decisión deberá adoptarse atendiendo siempre al mayor beneficio para la vida o salud del paciente. Aquellas decisiones que sean contrarias a dichos intereses deberán ponerse en conocimiento de la autoridad judicial, directamente o a través del Ministerio Fiscal, para que adopte la resolución correspondiente, salvo que, por razones de urgencia, no fuera posible recabar la autorización judicial, en cuyo caso los profesionales sanitarios adoptarán las medidas necesarias en salvaguarda de la vida o salud del paciente, amparados por las causas de justificación de cumplimiento de un deber y de estado de necesidad”*.

En este caso, dada la gravedad del paciente y el resto de las circunstancias concurrentes, la decisión correspondía a los profesionales sanitarios que, como se ha justificado ampliamente, adoptaron medidas terapéuticas proporcionadas, evitando tanto la obstinación terapéutica como el abandono.

A mayor abundamiento, de cara a analizar si esta actuación generó un daño antijurídico, ha de tenerse en cuenta que el criterio de la *lex artis* no es un criterio rígido, sino que ha de considerarse teniendo en cuenta todas las circunstancias de cada caso en concreto, que en el presente sitúan la asistencia analizada en los primeros momentos de la situación límite a que dio lugar la pandemia, que puso en un grado de tensión máxima al sistema sanitario y provocó decenas de miles de fallecidos, tal y como ha indicado esta Comisión Jurídica Asesora en anteriores dictámenes como el 177/22 y el 184/22, ambos de 29 de marzo y el 184/22, y el 342/22, de 31 de mayo, así como el Consejo Consultivo de Andalucía en sus dictámenes 424/21, de 1 de junio y 100/22, de 10 de febrero.

En resumen, debemos concluir coincidiendo con la Inspección Médica, cuyo criterio solemos valorar especialmente por su profesionalidad y cualificada objetividad; afirmando que el tratamiento que recibió el paciente fue correcto, de acuerdo a los protocolos clínicos vigentes y, por tanto, ajustado a la *lex artis*.

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

CONCLUSIÓN

Procede desestimar la reclamación de responsabilidad patrimonial presentada al no haberse acreditado la existencia de *mala praxis* en la asistencia prestada al paciente.

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 18 de octubre de 2022

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 652/22

Excmo. Sr. Consejero de Sanidad

C/ Aduana nº 29 - 28013 Madrid