

Dictamen n.º: **177/22**
Consulta: **Consejero de Sanidad**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **29.03.22**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid aprobado por unanimidad en su sesión de 29 de marzo de 2022, emitido ante la consulta formulada por el consejero de Sanidad al amparo del artículo 5.3 de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, en relación con la reclamación formulada por Dña. y D. (en adelante “*los reclamantes*”), por el fallecimiento de su padre D. por la COVID-19 que atribuyen a su falta de traslado al Hospital General Universitario Gregorio Marañón (HGUGM).

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 30 de julio de 2020, un abogado colegiado actuando en representación de los reclamantes presentó en el registro electrónico de la Comunidad de Madrid un escrito en el que relataba que el padre de los reclamantes vivía desde 2014 en una residencia, teniendo antecedentes de ictus isquémico en territorio de arteria cerebral media derecha de etiología cardioembólica en noviembre de 2012. Presentaba enfermedades cerebrales isquémicas de pequeño vaso con infartos lacunares talámicos, cerebelosos, centro semiovais y marcada leucoaraiosis. En 2017 tuvo un nuevo accidente

cerebrovascular con secuelas de hemiparesia izquierda con rehabilitación.

El 27 de marzo de 2020 es valorado constatando ausencia de sintomatología y signos respiratorios pese a lo cual se plantea un proceso infeccioso y se pauta claritromicina.

Los días posteriores presenta febrícula (37°C) con estabilización de saturación de oxígeno (SaO₂) a 90% basal. No había evidencia de distress respiratorio pero con auscultación pulmonar sugestiva de foco infeccioso respiratorio.

El 31 de marzo se contacta con el Servicio de Geriatria de enlace del HGUGM y se notifica sospecha de infección por COVID-19. Se autoriza el tratamiento con hidroxicloroquina pero no el traslado a un centro hospitalario.

Los días posteriores está afebril pero alicaído, aunque con oxigenoterapia se logra un nivel de saturación óptimo. El 3 de abril de 2020 se comunica de nuevo con el Servicio de Geriatria del HGUGM y se notifica evolución por lo que se añade el retroviral Kaletra.

El 4 de abril reapareció la fiebre con negativa a ingestas siendo derivado a un hospital privado por mediación familiar ya que el HGUGM se negó al traslado alegando falta de camas y medios.

Según afirma la reclamación se mantuvo el contacto con los hijos facilitando información.

El 5 de abril, según consta en un informe del centro privado extractado en la reclamación, el familiar de los reclamantes había iniciado enfermedad actual (EA) el 27 de marzo con fiebre (38°C) y dificultades respiratorias iniciando tratamiento en residencia de

ancianos con claritromicina. Al no presentar mejoría inician ese día (5 de abril) tratamiento con Dolquine y Kaletra y deciden derivar a Urgencias. Niega diarrea, tos u otra sintomatología.

Según la reclamación falleció el 7 de abril de 2020 por posible infección COVID-19, por parada cardiorrespiratoria debida a causas intermedias, insuficiencia respiratoria por causa inicial fundamental neumonía por COVID-19.

Según los reclamantes a pesar del estado crítico no se autorizó el traslado al hospital donde, por protocolo, se establecía el manejo conservador en la residencia. Añaden que no tienen información sobre las causas del contagio ni el porqué de la ausencia de traslado a los servicios sanitarios ya que su situación era muy delicada desde hacía días siendo el proceso considerado de “COVID-19 no confirmado”. No tuvieron la oportunidad de despedirse de su padre, aunque según “la circular de la Comunidad de Madrid” podían haberse despedido ya que no estaba confirmado pero la residencia les negó el acceso. Afirman que se han vulnerado los protocolos establecidos en la prevención de control de la COVID-19. El protocolo del Ministerio de Sanidad de 24 de marzo de 2020 establecía una restricción en la salida de los “*pacientes de la residencia*” que ha influido en la ausencia de traslado hospitalario y por tanto la falta de utilización de medios.

Considera la reclamación que ha habido vulneración de la *lex artis* ya que no fue trasladado a un centro hospitalario y tampoco se tomaron medidas de aislamiento y detección diagnóstica por PCR dentro de la residencia. Hubo falta de utilización de medios técnicos y material sanitario. Presentaba desaturación sin que se utilizaran medios de oxigenoterapia avanzada y tratamiento farmacológico ad hoc.

Solicitan una indemnización de 150.000 euros.

Aportan escritura de poder, fotocopias del libro de familia, documentación de una residencia de mayores, informe de Urgencias de un hospital privado y factura del mismo por material médico (99,03 euros), certificado de defunción (ilegible), algoritmo de manejo al paciente con infección por COVID-19 y situación de últimos días en atención primaria, una hoja con el logotipo del Ministerio de Sanidad y artículos de prensa digital.

SEGUNDO.- En relación con el contenido de la reclamación, la consulta del expediente administrativo, al que se ha incorporado la historia clínica del HGUGM, ha puesto de manifiesto los siguientes hechos.

El familiar de los reclamantes, nacido en 1931, se encontraba institucionalizado desde 2014.

Estuvo ingresado en noviembre de 2015 en el HGUGM por un ictus lacunar presentaba como antecedentes, entre otros, hipertensión arterial, ictus isquémico (2012), enfermedad cerebral isquémica, accidente cerebrovascular (2014), infarto lacunar (2015), incontinencia urinaria ocasional de urgencia, deterioro cognitivo leve, camina con apoyo, hemiparesia izquierda y enfermedad prostática benigna.

En abril de 2020 consta en la historia clínica del HGUGM que el 1 de abril el familiar de los reclamantes está institucionalizado en una residencia. Funcionalmente independiente. Presenta cuadro de fiebre, tos, disnea con SaO₂ basal 89%. AP crepitantes en ambos hemitórax. Han iniciado claritromicina en la residencia. Se decide mantener Claritromicina 7 días.- Dolquine 400 mg c 12 h primer día y otros 4 días con 200 mg. Gafas nasales de oxígeno para SaO₂ > 92% y valorar necesidad de antitérmicos e inhalación con cámara de ipatropio,

salbutamol, budesonide. Seguimiento telefónico. Como diagnóstico principal se recoge infección respiratoria, sospecha SARS – CoV 2.

Se recogen como datos de estratificación de crónicos CMQUI. Nivel de intervención 1 y nivel de riesgo 3. Esos niveles se mantienen los días 3 y 4 de abril.

El 4 de abril de 2020 a las 11:35 horas consta que avisan por evolución tórpida. Se establece como plan el refuerzo del tratamiento con Kaletra 5 días y ampliar Dolquine a 10 días y bolos de metilprednisolona 5 días. Seguimiento telefónico. Consta el mismo diagnóstico principal.

Los reclamantes han aportado un informe de derivación de la residencia donde estaba institucionalizado dirigido a un hospital privado.

En el mismo se recoge que comenzó con un cuadro febril el 27 de marzo de 2020 (38,1° C) sin sintomatología ni signos respiratorios pese a lo cual se planteó como un cuadro infeccioso y se pautó claritromicina.

Al día siguiente presentó desaturación de 83% basal y se indicó oxigenoterapia con mejoría.

El 29 de marzo está despierto, afebril, reactivo, 36,2°C, SaO₂ 92%.

Ese día y el 30 de marzo presenta febrícula (37°C), SaO₂ 90% sin evidencia de distress respiratorio pero con auscultación pulmonar sugestiva de foco infeccioso respiratorio.

El 31 de marzo se contacta con Geriatria del HGUGM y se notifica sospecha de infección por COVID-19 y se autoriza tratamiento con

hidroxicloroquina. El 1 de abril está estable, afebril, SaO₂ 91% y mejoría.

El 2 de abril está decaído pero estable, afebril, SaO₂ 87% (¿?), no presenta disnea pero si baja ingesta. Por la tarde presenta SaO₂ 90%.

Al estar alicaído con baja ingesta se contacta de nuevo con el HGUGM que añade al tratamiento Kaletra y Urbasón.

El 4 de abril reaparece la fiebre y negativa a ingesta siendo trasladado a un centro privado “*por intermediación*”.

En todo momento se mantuvo informados a los hijos.

En el informe de admisión del centro privado presenta una SaO₂ 93%, 36,6°C, levemente deshidratado. En la auscultación pulmonar murmullos vesiculares en ambos campos pulmonares, crepitantes diseminados. En radiografía se evidencia infiltrado en base de hemitórax derecho.

Se decide su ingreso a cargo de Medicina interna con tratamiento de Azitromizina y Dolquine sin iniciar Ceftriaxone por referir alergia a penicilinas y derivados. Como juicio clínico se recoge infección respiratoria aguda de probable etiología viral y FA (fibrilación auricular).

Consta el certificado de defunción en dicho centro el 7 de abril de 2020 por neumonía por COVID-19 como causa inicial o fundamental.

TERCERO.- A raíz de la formulación del escrito de reclamación se ha instruido el correspondiente procedimiento de responsabilidad patrimonial y se han solicitado los informes que se consideraron pertinentes, de los que se destacan los siguientes particulares.

Con fecha 5 de agosto de 2020 se comunica a los reclamantes el inicio del procedimiento, el plazo máximo de resolución y el sentido del silencio. Asimismo se les informa que, en relación con los reproches sobre la actuación de la residencia (dependiente de la Consejería de Políticas Sociales) y del Ministerio de Sanidad, se ha dado traslado de la reclamación a dichas administraciones. Consta rechazada la notificación por transcurso del plazo efectuada en el correo electrónico indicado por el abogado de los reclamantes.

El 17 de agosto de 2020 la aseguradora del SERMAS acusa recibo de la reclamación.

El 19 de enero de 2021 el abogado de los reclamantes solicita copia de todo lo actuado y que se le remita el seguro de responsabilidad civil del HGUGM.

Por medio de escrito de 9 de marzo de 2021 emite informe el Servicio de Geriátrica del HGUGM en el que expone que el primer contacto con el paciente fue el 3 de abril de 2019 cuando a través del programa de coordinación extrahospitalaria el médico de la residencia donde se encontraba contactó para renovar el visado de Apixaban.

Según la historia clínica el siguiente contacto tuvo lugar a las 9:47 horas del 1 de abril de 2020 cuando el médico de la residencia comunicó que el paciente presentaba fiebre, tos y desaturación de O₂. Comenta que la SaO₂ es del 89%, presentando en la auscultación pulmonar crepitantes en ambos hemitórax. Había iniciado tratamiento con claritromicina en la residencia. Tras analizar el caso se recomendó mantener claritromicina durante siete días y añadir hidroxiclороquina así como oxigenoterapia con gafas nasales para mantener saturación por encima del 92%. Insistieron en la disponibilidad telefónica de 8 a

22 horas los siete días de la semana para comentar cualquier incidencia.

El 4 de abril a las 11:21 horas hay un nuevo contacto por persistencia de la fiebre y desaturación de oxígeno. Comentan el caso y en función de las recomendaciones vigentes esos días aconsejaron Kaletra y ampliar el tratamiento con hidroxiclороquina con bolos intravenosos de metilprednisolona. Realizaron la prescripción de esos fármacos en farmacia hospitalaria para facilitar su dispensación y reiteran la disponibilidad de contacto telefónico.

Concluye indicando que el tratamiento recomendado es el mismo que hubiera recibido de estar ingresado en el hospital.

El 19 de enero de 2021 el abogado de los reclamantes reitera la solicitud de copia de todo lo actuado y copia del seguro, solicitud que se reitera el 18 de noviembre de 2021

El 30 de noviembre de 2021 emite informe la Inspección Sanitaria en el que concluye que no existe ningún dato con el que se pueda concluir que la asistencia prestada puede catalogarse como de mala práctica con los datos disponibles y en el contexto de epidemia.

El 16 de diciembre de 2021 se concede trámite de audiencia a los reclamantes. Consta su notificación el 17 de diciembre (folio 356) sin que conste la presentación de alegaciones.

Finalmente, el viceconsejero de Asistencia Sanitaria y Salud Pública formuló propuesta de resolución, de 18 de febrero de 2022, en la que se propone al órgano competente para resolver, desestimar la reclamación al considerar la actuación sanitaria acorde a la *lex artis*.

CUARTO.- El consejero de Sanidad formula preceptiva consulta por trámite ordinario que ha tenido entrada en el registro de la Comisión Jurídica Asesora el 22 de febrero de 2022, correspondiendo su estudio, por reparto de asuntos, al letrado vocal D. Carlos Yáñez Díaz, que formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen, siendo deliberada y aprobada, por unanimidad, en el Pleno de la Comisión en su sesión de 29 de marzo 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, por ser la reclamación de responsabilidad patrimonial de cuantía superior a 15.000 euros y a solicitud de un órgano legitimado para ello a tenor del artículo 18.3 del Reglamento de Organización y funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid aprobado por Decreto 5/2016, de 19 de enero (ROFCJA).

La normativa aplicable es la recogida en la Ley 39/2015, de 1 de octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC) y la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP).

El presente dictamen se emite en plazo.

SEGUNDA.- Los reclamantes ostentan legitimación activa para promover el procedimiento de responsabilidad patrimonial al amparo

del artículo 4 de la LPAC en relación con el artículo 32.1 de la LRJSP en cuanto son familiares de la persona que recibió la asistencia sanitaria y cuyo fallecimiento les ha ocasionado un indudable daño moral. Acreditan el parentesco mediante fotocopias del libro de familia.

Actúan representados por un abogado colegiado con poder notarial a tal efecto.

Se cumple, por otra parte, la legitimación pasiva de la Comunidad de Madrid, en cuanto la asistencia sanitaria que consideran incorrecta se prestó por el HGUGM que forma parte de la red sanitaria pública de la Comunidad de Madrid.

La reclamación alude también, de forma confusa, a la responsabilidad de la residencia de mayores en la que se encontraba institucionalizado su familiar así como a la actuación del Ministerio de Sanidad. A estos efectos se ha dado traslado de la reclamación tanto al Ministerio como a la Consejería de Políticas Sociales, Familias, Igualdad y Natalidad.

En cuanto al plazo, las reclamaciones de responsabilidad patrimonial, a tenor del artículo 67.1 de la LPAC, tienen un plazo de prescripción de un año desde la producción del hecho que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo, que se contará, en el caso de daños de carácter físico o psíquico, desde la curación o la fecha de determinación del alcance de las secuelas.

En este caso, el *dies a quo* viene dado por el fallecimiento del familiar de los reclamantes el 7 de abril de 2020 por lo que no cabe duda que la reclamación presentada el 30 de julio de ese año se encuentra formulada dentro del plazo legal.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 81 de la LPAC ha emitido informe el Servicio de Geriátría del HGUGM al que se imputa la producción del daño e igualmente consta el informe de la Inspección Sanitaria.

Asimismo se confirió el trámite de audiencia del artículo 82 de la LPAC.

TERCERA.- El instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración, que tiene su fundamento en el artículo 106.2 de la Constitución Española y su desarrollo en las citadas LRJSP y LPAC exige, según una constante y reiterada jurisprudencia, una serie de requisitos, destacando la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2014 (recurso 4160/2011) que es necesario que concurra:

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) Ausencia de fuerza mayor.

d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño cabalmente causado por su propia conducta.

Igualmente exige la jurisprudencia el requisito de la antijuridicidad del daño que consiste, no en que la actuación de la Administración sea contraria a derecho, sino que el particular no tenga

una obligación de soportar dicho daño [así sentencias de 1 de julio de 2009 (recurso 1515/2005) y de 31 de marzo de 2014 (recurso 3021/2011)].

CUARTA.- La reclamación considera que hubo una negativa de tratamiento por parte del HGUGM al no trasladar al familiar a dicho centro.

En las reclamaciones sobre responsabilidad patrimonial sanitaria el criterio determinante es el cumplimiento o no de la *lex artis*, en cuanto buena práctica médica. La sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 2008 (recurso 2364/2004) define este concepto indicando (FJ 4º), que: “*según jurisprudencia constante de esta Sala, un acto médico respeta la lex artis cuando se ajusta al estado de conocimientos de la comunidad médica en ese momento y, así, realiza lo que generalmente se considera correcto en el tipo de situación de que se trate*”.

La carga de la prueba de la vulneración de esa *lex artis* corresponde en principio a quien reclama el reconocimiento de la responsabilidad patrimonial conforme lo establecido en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil si bien teniendo en cuenta lo dispuesto en ese precepto legal en cuanto a la facilidad probatoria tal y como recuerda la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 14 de diciembre de 2017 (recurso 39/2015).

Los reclamantes no aportan ninguna prueba sobre esa mala praxis y se limitan a efectuar consideraciones un tanto confusas sobre unos protocolos que no identifica, sobre la actuación del Ministerio y de la residencia. Se quejan también de no haber podido acompañar a su familiar sin que acrediten este hecho. Es más, resulta significativo que no aporten la historia clínica del centro sanitario privado al que

trasladaron al reclamante por su propia voluntad, ya que no consta que ese traslado se considerase necesario por el médico de la residencia sino que se indica que fue decisión de la familia (folio 34). Por el contrario, se aporta una factura del centro privado relativa a la medicación suministrada que evidentemente resulta inútil para acreditar los hechos por lo que reclaman. Así pues, nos encontramos en que no es posible saber la evolución del familiar de los reclamantes después de su ingreso en el centro privado, falta de conocimiento imputable exclusivamente a los reclamantes.

A la hora de analizar la actuación sanitaria criticada y ante la palmaria ausencia de actividad probatoria por parte de los reclamantes ha de acudirse a los informes obrantes en el expediente como son el del servicio y el de la Inspección Sanitaria así como la historia clínica.

De estos informes resulta que el familiar de los reclamantes estuvo en todo momento atendido por el médico de la residencia que a su vez estaba en contacto con el Servicio de Geriatria del HGUGM. En ningún momento consta que existiera actuación alguna que implicase falta de asistencia, los tratamientos que se aplicaban al paciente era consensuados por su médico y los geriatras del HGUGM y se adoptaron medidas para facilitar el acceso a los medicamentos.

Por tanto no hubo ninguna falta de tratamiento y no es posible achacar la mala evolución del paciente a la actuación de los servicios sanitarios públicos sino a la evolución de una enfermedad muy agresiva y prácticamente desconocida en ese momento que afectaba a un paciente de edad avanzada y con un estado basal delicado. De hecho, su mala evolución no se frenó con su ingreso en un centro hospitalario privado sino más bien todo lo contrario.

A la hora de analizar si esta actuación generó un daño antijurídico, además de la manifiesta falta de prueba sobre la existencia de una relación directa entre el fallecimiento y la actuación sanitaria, ha de tenerse en cuenta el criterio de la *lex artis*. Este no es un criterio rígido sino que han de tenerse en cuenta las circunstancias de cada caso en concreto.

En este caso nos encontramos ante una enfermedad nueva que, en las fechas de la asistencia sanitaria al paciente, alcanzó la consideración de pandemia y que puso en un grado de tensión máxima al sistema sanitario, provocando decenas de miles de fallecidos. Ante este escenario resulta imposible desvincular un caso con el presente caso de la situación límite que se experimentó al comienzo de la pandemia, tal y como ha indicado el Consejo Consultivo de Andalucía en sus dictámenes 424/21, de 1 de junio y 100/22, de 10 de febrero.

Por ello, resulta conforme a la *lex artis* la asistencia prestada al familiar de los reclamantes sin que existan elementos que permitan entender que la asistencia prestada tuvo un efecto negativo en la evolución de su patología.

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

CONCLUSIÓN

Procede desestimar la presente reclamación de responsabilidad patrimonial al no haberse acreditado la existencia de una infracción de la *lex artis ad hoc*.

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 29 de marzo de 2022

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 177/22

Excmo. Sr. Consejero de Sanidad

C/ Aduana nº 29 - 28013 Madrid