

Dictamen nº: **414/22**
Consulta: **Consejero de Sanidad**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **28.06.22**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, en su sesión de 28 de junio 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., Dña. y Dña. por el fallecimiento de D. que atribuyen a que no fue trasladado desde el Hospital General Universitario Gregorio Marañón a un hospital privado con camas UCI para tratar la infección de SARS-CoV-2.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 15 de marzo de 2021, las personas citadas en el encabezamiento presentan en el registro del SERMAS una reclamación de responsabilidad patrimonial en la que relatan que el cónyuge y padre de las reclamantes ingresó urgente el 19 de marzo de 2020 en el Hospital General Universitario Gregorio Marañón con fiebre, sin deterioro cognitivo y desde su ingreso fue tratado con lopinavir/ritonavir, hidroxicloroquina y ceftriaxona por infección de SARS-CoV-2.

Refieren que fue necesario incrementar el soporte con mascarilla reservorio, el día 21 pasó a Medicina Interna por COVID-19 y se contactó con Reanimación (REA) “*quienes contestan que, ante la ausencia de camas disponibles y basal del paciente, no es candidato a medidas invasivas, se mantiene por tanto con mascarilla reservorio y tratamiento activo, precisando de rescates de mórfico para control de trabajo respiratorio y perfusión de mórfico*” falleciendo el día 24 de marzo, por insuficiencia respiratoria aguda.

Según las reclamantes, se privó a su familiar de traslado a un hospital privado ante la falta de camas disponibles en UCI en el Hospital General Universitario Gregorio Marañón y ello constituye una pérdida de oportunidad. Además, reprochan que no se siguió el protocolo de derivación de pacientes a hospitales privados por falta de camas en UCI, ni se les informó que en el hospital no existían camas disponibles en UCI ni que el paciente estaba descartado para ampliar tratamientos.

Solicitan una indemnización de 150.000 euros.

El escrito de reclamación se acompaña de artículos de prensa digital.

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

El familiar de las reclamantes, de 72 años de edad en el momento de los hechos, con antecedentes de EPOC, obesidad, en 2016 ingreso por insuficiencia respiratoria, hiperreactividad bronquial en tratamiento con broncodilatadores desde entonces, hipertrofia benigna de próstata, SAOS (CPAP nocturna desde 2007), extrasístoles auriculares y ventriculares sin patología estructural, hipertensión arterial, neumonía basal derecha en estudio por nódulo en lóbulo medio derecho, acude el 19 de marzo de 2029 a Urgencias del Hospital

General Universitario Gregorio Marañón por fiebre de hasta 6 días de evolución, con tos y expectoración, mayor disnea de la habitual que se ha hecho de mínimos esfuerzos, sin deterioro cognitivo, ni dolor torácico.

Se realiza analítica y RX de tórax que informa de opacidades focales bilaterales compatibles con bronconeumonía bilateral y se inicia tratamiento antiviral con kaletra, hidroxicloroquina, IFN-beta y ceftriaxona e ingresa desde Urgencias en Medicina Interna con diagnóstico principal de bronconeumonía bilateral por infección por SARS-CoV-2 y tratamiento.

Desde el ingreso presenta mala evolución clínica con astenia intensa, sensación disneica y malestar general. Se incrementa soporte a mascarilla reservorio a pesar de lo cual presenta saturación del 83-88%.

El día 23 de marzo se encuentra con regular estado general, refiere astenia intensa y sensación de disnea puntual, sin cefalea o dolor torácico. Se encuentra en decúbito lateral por imposibilidad de prono por obesidad. Con saturación oscilante entre 87-90%, se anota en la historia clínica “*se contacta con REA para comentar caso de paciente de 71 años con comorbilidades mencionadas quienes contestan que ante la ausencia de camas disponibles y situación basal del paciente no es candidato a medidas invasivas*”.

Se mantiene con mascarilla reservorio y tratamiento activo precisando varios rescates de mórfico para control de trabajo respiratorio.

Consta en la historia clínica que a las 00:44 horas del día 24 de marzo Medicina Interna intenta contactar con familiares dado el

empeoramiento progresivo del paciente. Los teléfonos que figuran no son de familiares y se contacta con trabajo social.

A primera hora del 24 de marzo, Enfermería encuentra al paciente tumbado perpendicular a la cama, cianótico, sin el reservorio puesto, con saturación del 30%. Se coloca al paciente y mascarilla reservorio consiguiendo saturación del 52%. Se administran 5+5 mg de mórfito intravenoso consiguiendo menor trabajo respiratorio. Ante el mal pronóstico, se llama a la familia que acude al hospital. Fallece a las 23:40 horas del mismo día 24 de marzo.

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

Con fecha 15 de abril de 2021 se comunica a las reclamantes el inicio del procedimiento, el plazo máximo de resolución y el sentido del silencio y se les requiere para que acrediten la relación de parentesco con el paciente, lo que fue cumplimentado con copia del libro de familia.

Se ha incorporado al expediente la historia clínica del paciente del Hospital Universitario Gregorio Marañón.

El 28 de abril de 2021 emite informe el Servicio de Medicina Interna del Hospital General Universitario Gregorio Marañón en el que expone los antecedentes del paciente e indica que fue atendido de urgencia el 19 de marzo de 2020 con bronconeumonía bilateral por COVID-19 con necesidad de oxígeno, se instauró el tratamiento médico estandarizado en ese momento a pesar de lo cual el paciente empeora pasando el 21 de marzo de 2020 de gafas nasales a reservorio a 15 lpm.

Prosigue el informe señalando que “*por empeoramiento progresivo se inicia soporte con ventilación mecánica no invasiva (optiflow) y es valorado por la unidad de críticos ante eventual necesidad de medidas agresivas. El paciente es valorado por el equipo de reanimación, decidiéndose ante las comorbilidades del paciente y la ausencia de camas en situación de pandemia, que no sería tributario de ingreso en unidad de críticos. Se mantiene manejo medico en la planta de COVID presentando empeoramiento progresivo con desaturaciones precisando bolos de corticoides así como inicio de medidas de confort ante el evidente trabajo respiratorio del paciente. En las horas posteriores el paciente presenta insuficiencia respiratoria grave progresiva, trabajo respiratorio importante y sensación disneaica precisando varios rescates de morfina. Ante la refractariedad al tratamiento médico y el evidente sufrimiento del paciente se mantiene morfina a dosis de confort de manera continuada. El paciente empeora progresivamente siendo finalmente éxitus en planta de Medicina Interna*”.

Respecto a la comunicación con la familia explica el informe que “*no se ha localizado a los familiares al no disponer de los teléfonos de contacto de los mismos. Es preciso contactar con trabajo social para obtener los teléfonos de los familiares puesto que los que existían en la documentación clínica no correspondían. Finalmente se consigue contactar con los mismos, pudiendo acudir al hospital a despedirse de su familiar*”.

En relación con la decisión de no ingreso en UCI indica el informe que varios documentos técnicos del Ministerio de Sanidad y de la Sociedad Española de Medicina Intensiva se pronunciaron sobre los diferentes principios que deberían regir las decisiones de manejo de estos pacientes en situación de pandemia, y entre ellos se incluían “*no discriminación*”, “*principio de máximo beneficio*”, “*principio de*

expectativas objetivas de recuperación del paciente a corto plazo” y que las decisiones adoptadas por los equipos de cuidados críticos se apoyaron en dichos principios y en las circunstancias concretas del momento en que sucedieron los hechos.

El 13 de septiembre de 2021 las reclamantes solicitan el impulso del procedimiento.

Se ha incorporado al procedimiento el informe de la Inspección Sanitaria de 22 de diciembre de 2021 en el que tras recoger los antecedentes y exponer las consideraciones médicas oportunas concluye que la asistencia dispensada fue adecuada y de acuerdo a la *lex artis*.

Figura en los folios 90 a 156 la interposición de un recurso contencioso administrativo contra la desestimación presunta por silencio de la reclamación que nos ocupa.

El 9 de febrero de 2022 la aseguradora del SERMAS acusa recibo de la reclamación e informa que el siniestro no queda amparado por la póliza.

Se confirió audiencia a las reclamantes y consta que el 12 de abril de 2022 presentan alegaciones para discrepar de los informes obrantes en el expediente y del rechazo de la aseguradora a la cobertura del siniestro por tratarse de una reclamación relacionada con el tratamiento o contagio de enfermedad derivada del COVID-19.

Finalmente, el 27 de mayo de 2022 el viceconsejero de Asistencia Sanitaria y Salud Pública formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación al considerar que no concurren los presupuestos para la declaración de responsabilidad patrimonial.

CUARTO.-El 31 de mayo de 2022 se formuló preceptiva consulta a este órgano consultivo.

Ha correspondido la solicitud de consulta del presente expediente, registrada en la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid con el nº 367/22, a la letrada vocal Dña. Rosario López Ródenas que formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen, deliberada y aprobada por el Pleno de esta Comisión Jurídica Asesora en su sesión de 28 de junio 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 15.000 euros, y 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 se regula en la LPAC. 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.

Las reclamantes ostentan legitimación activa para promover el procedimiento de responsabilidad patrimonial, al amparo del artículo 4 de la LPAC y el artículo 32 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante, LRJSP), en cuanto sufren el daño moral que provoca el fallecimiento de su esposo y padre. Acreditan el parentesco mediante copia del libro de familia.

La legitimación pasiva corresponde a la Comunidad de Madrid toda vez que la asistencia sanitaria que consideran incorrecta se prestó en el Hospital General Universitario Gregorio Marañón centro sanitario que forma parte de la red sanitaria pública de la Comunidad de Madrid.

En lo relativo al requisito temporal, las reclamaciones de responsabilidad patrimonial tienen un plazo de prescripción de un año, que se contará, en caso de daños de carácter físico o psíquico, desde que el hecho aconteció o desde la curación o determinación del alcance de las secuelas (artículo 67.1 de la LPAC).

En este caso el *dies a quo* viene dado por el fallecimiento del familiar de las reclamantes el 24 de marzo de 2020 por lo que la reclamación presentada el día 15 de marzo de 2021 está formulada dentro del plazo legal.

En cuanto al procedimiento, se observa que se ha recabado el informe del Servicio de Medicina Interna del Hospital General Universitario Gregorio Marañón de acuerdo con lo previsto en el artículo 81 de la LPAC y se ha incorporado el informe de la Inspección Sanitaria, se ha conferido el oportuno trámite de audiencia a las interesadas y finalmente se ha redactado la propuesta de resolución que junto con el resto del expediente ha sido remitido a esta Comisión Jurídica Asesora para su dictamen preceptivo.

En suma, pues, de todo lo anterior, cabe concluir que la instrucción del expediente ha sido completa, sin que se haya omitido trámite alguno 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 LRJSP.

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*”.

En el ámbito de la responsabilidad médico-sanitaria, el matiz que presenta este instituto es que por las singularidades del servicio público de que se trata, se ha introducido el concepto de la *lex artis ad hoc* como parámetro de actuación de los profesionales sanitarios. En este sentido recuerda la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 11 de mayo de 2016 (recurso 1153/2012) “*que cuando se trata de reclamaciones derivadas de actuaciones sanitarias, la doctrina jurisprudencial viene declarando 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, de manera que, si el servicio sanitario o médico se prestó correctamente y de acuerdo con el estado del saber y de los medios disponibles, la lesión causada no constituiría un daño antijurídico*”.

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.

Ciertamente ya hemos adelantado la existencia del daño moral de las reclamantes por el solo hecho del fallecimiento de su familiar. Sin embargo, la existencia de un daño, no es suficiente para declarar la

existencia de responsabilidad, por lo que ha de analizarse si concurren los demás requisitos necesarios para apreciarla.

La reclamación considera que implica una pérdida de oportunidad no haber trasladado a su familiar a un centro privado, dada la ausencia de camas UCI en el Hospital Universitario Gregorio Marañón. También imputan el fallecimiento a que no se siguió el protocolo de derivación de pacientes a hospitales privados, no se les informó de la inexistencia de camas disponibles en UCI ni que el paciente estaba descartado para ampliar tratamientos.

En este punto, deviene necesario precisar, tal y como viene señalando este órgano consultivo, que para determinar la supuesta infracción de la *lex artis* debemos partir de la regla general de que la prueba de los presupuestos que configuran la responsabilidad patrimonial de la Administración corresponde a quien formula la reclamación. En este sentido se ha pronunciado la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 5 de junio de 2017 (recurso 909/2014), con cita de la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

En este caso, las reclamantes, no aportan al procedimiento ningún criterio médico o científico, avalado por profesional competente que sirva técnicamente para acreditar que el daño aducido sea consecuencia de mala praxis.

Frente a la indicada ausencia probatoria, las anotaciones obrantes en la historia clínica e informes obrantes en el expediente ponen de manifiesto que la asistencia prestada al padre de las reclamantes se prestó atendiendo a la sintomatología que presentaba y a los conocimientos científicos que se tenían de la enfermedad de COVID.

Sobre el reproche de que no fue trasladado a un centro privado con camas UCI, el informe de la Inspección Sanitaria explica que la indicación de ingreso de un paciente en UCI viene determinada por la presencia actual o previsible de una situación de gravedad de tal magnitud que pueda condicionar el fallecimiento del paciente y al mismo tiempo debe darse una segunda condición que es la de considerar que la situación del paciente puede ser reversible, la decisión debe ser tomada por un médico con conocimientos y experiencia y según la Inspección Médica los factores analizados que llevaron a desestimar el ingreso en REA del paciente fueron la edad del paciente las patologías previas y la falta de respuesta al tratamiento iniciado desde su llegada a Urgencias unido a *“que los medios de tratamiento que podrían ser aplicados para la situación concreta del paciente (intubación traqueal y ventilación mecánica, sedación y analgesia continuas, relajación muscular, ventilación en decúbito prono, administración de óxido nítrico inhalado, oxigenación con membrana extracorpórea y otras técnicas de terapia de depuración extracorpórea) serían razonablemente ineficaces para salvar la vida del paciente”*.

La Inspección Sanitaria añade que el ingreso en REA podría producir complicaciones añadidas al proceso basal y supondría una situación de gran desconfort para el paciente y que la adecuación del esfuerzo terapéutico que consiste en retirar, ajustar o no instaurar un tratamiento cuando el pronóstico de vida limitada lo aconseje, forma parte de la buena práctica clínica y es una obligación moral y normativa de los profesionales frente a la *“obstinación terapéutica”*.

Según la Inspección Sanitaria en este caso, se tuvo en cuenta el protocolo del Ministerio de Sanidad de marzo de 2020 para el acceso a los cuidados críticos de los pacientes con COVID 19 y que el paciente presentaba criterios que hacían razonablemente improbable la adecuada reversión del proceso clínico, decisión que califica como *“correcta y adecuada a las circunstancias del paciente, basada en la*

consideración de futilidad y dirigida a evitar la obstinación terapéutica del paciente. Con este criterio, el traslado a otro hospital por escasez/falta de camas en UCI/RE no estaría justificado”.

Por otro lado, respecto a la ausencia de información a familiares, resulta acreditado, a la vista de las anotaciones que figuran en la historia clínica, que no se pudo localizar a los familiares porque los teléfonos que existían en la documentación clínica no eran de los mismos y fue preciso contactar con trabajo social.

En consecuencia, cabe concluir, teniendo en cuenta el relevante criterio de la Inspección Sanitaria en este tipo de expedientes, tal y como recuerda la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 26 de julio de 2018 (recurso 768/2016) que la decisión de no trasladar al paciente a un centro privado se ha hecho valorando todos los factores y buscando el máximo beneficio y el menor daño posible para el paciente, en una situación de excepcionalidad.

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 28 de junio de 2022

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 414/22

Excmo. Sr. Consejero de Sanidad

C/ Aduana nº 29 - 28013 Madrid