

Dictamen nº: **626/22**

Consulta: **Consejero de Sanidad**

Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**

Aprobación: **11.10.22**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, en su sesión de 11 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 un abogado en nombre y representación de Dña., Dña., Dña. y D. por el fallecimiento de D. que atribuyen a la falta de diagnóstico y tratamiento de un proceso clínico sospechoso de COVID-19.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 10 de noviembre de 2020, las personas citadas en el encabezamiento, representadas por letrado, presentan en el registro de la Consejería de Sanidad una reclamación de responsabilidad patrimonial en la que relatan que el marido y padre de los reclamantes ingresó el 25 de enero de 2020 en una residencia de mayores, “Centro Residencial Orpea Pinto II” (en adelante, “*centro residencial*”), asignada por la Consejería de Políticas Sociales, Familias, Igualdad y Natalidad y que el día 24 de abril de 2020 fue trasladado desde el centro residencial al Hospital Universitario de Getafe donde ingresó con diagnóstico de COVID-19 y con un cuadro gravísimo de insuficiencia respiratoria aguda

falleciendo el 1 de mayo de 2020 “*por inexistencia de respiradores y por retraso en la toma de medidas por parte de la residencia de la Comunidad de Madrid*”.

Según los reclamantes, los síntomas compatibles con COVID-19 se produjeron en la residencia, quince días antes de su traslado al centro hospitalario y reprochan que el centro residencial no les facilitó ningún tipo de información sobre el estado de salud de su familiar.

Tras indicar que según el certificado médico de defunción el fallecimiento del familiar de los reclamantes se produce por neumonía grave por COVID-19, consideran que la residencia de la Comunidad de Madrid incumplió “*el protocolo para el tratamiento de los ancianos por la situación provocada por el Covid-19*” puesto que, según los reclamantes, el centro residencial no aisló preventivamente a los ancianos, no hubo formación del personal sobre protocolos de seguridad ante la pandemia del COVID-19, no realizaron test de confirmación de diagnóstico para los ancianos con síntomas ni se utilizaron EPis suficientes por el personal del centro residencial para evitar el contagio propio e impedir la difusión a los ancianos sanos.

Además reprochan la actuación del Hospital Universitario de Getafe “*por no tener los medios adecuados conforme a la Lex Artis*”.

Según los reclamantes existe relación causal entre el fallecimiento de su familiar y el “*total abandono*” de las autoridades sanitarias y la actuación desarrollada por la residencia de la Comunidad de Madrid.

Solicitan una indemnización de 446.533 euros.

El escrito de reclamación se acompaña de la resolución de 4 de febrero de 2020 de la Dirección General de Atención al Mayor y a la Dependencia de asignación de plaza en el centro residencial, el contrato de admisión e ingreso en el centro residencial Orpea Pinto II, el

reglamento de régimen interno de la residencia, el certificado médico de defunción, el certificado de fallecimiento, el testamento abierto otorgado ante notario por el familiar de los reclamantes, el certificado de últimas voluntades y la escritura de apoderamiento.

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

El paciente, de 87 años de edad en el momento de los hechos, y con antecedentes de enfermedad de Alzheimer, diabetes mellitus, dislipemia, hipertensión arterial, ictus isquémico hemisférico derecho (2005) con hemiparesia izquierda residual e ictus isquémico hemisférico izquierdo de probable origen aterotrombótico, el 24 de abril de 2020 acude a Urgencias del Hospital Universitario de Getafe, derivado de residencia, por somnolencia y desaturación de 84-86% que había comenzado con clínica respiratoria de tos con expectoración, disnea y picos febriles aislados, tratamiento antibiótico con levofloxacino y prednisona 40 mg el día y serología de COVID-19 negativa, realizada en residencia un día antes.

En Urgencias, el paciente presenta saturación de 90 y frecuencia respiratoria de 36. En la exploración física presenta regular estado general y auscultación pulmonar con crepitantes bilaterales. Se aplica oxigenoterapia con reservorio a 15 L/min y se realizan pruebas complementarias: analítica (con datos de LDH 370, linfopenia 890, dímero 0.7 y PCR 105), electrocardiograma, radiografía de tórax que mostró una afectación pulmonar bilateral que ocupaba sobre todo el pulmón derecho en sus campos medios y basales y PCR SARS-CoV-2 con resultado positivo.

El facultativo actuante anotó en su impresión diagnóstica infección respiratoria compatible con COVID 19 grave, con insuficiencia

respiratoria. Aplicó escala CURB, con resultado anotado de 3 puntos, grupo de mayor gravedad y peor pronóstico.

Inició tratamiento con kaletra e hidroxicloroquina (tras consentimiento verbal otorgado por la hija) y metilprednisolona en dosis 1mg/kg.

Durante su estancia en planta, el paciente precisó oxigenoterapia.

El 26 de abril la prueba diagnóstica PCR para COVID-19 resultó positiva.

La analítica del 27 de abril, mostró mayor elevación de LDH (a nivel de 782) y la ferritina se incrementó llamativamente a 1.421. Otros parámetros consiguieron cierto descenso. La linfopenia se acentuó a 670, el estado general y respiratorio del paciente sufrió un rápido deterioro, produciéndose su fallecimiento en la mañana del 1 de mayo 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, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPAC).

Se incorporó al expediente la historia clínica del paciente en el Hospital Universitario de Getafe.

Con fecha 16 de noviembre de 2020 se informa a la Consejería de Políticas Sociales, Familias, Igualdad y Natalidad de la presentación de la reclamación, para su correspondiente tramitación.

El 16 de noviembre de 2020 la aseguradora del SERMAS acusa recibo de la reclamación.

El 18 de enero de 2021 un representante de Residencial Senior 2000, S.L.U (Centro Residencial Orpea Pinto II) se persona en el

procedimiento como interesado y solicita copia íntegra del expediente administrativo.

El 20 de enero de 2021 la jefa del Servicio de Responsabilidad Patrimonial de la Consejería de Sanidad informa al representante del centro residencial de la admisión a trámite de la reclamación respecto a la asistencia sanitaria reprochada al centro hospitalario, indicando que la reclamación ha sido enviada a la Consejería de Políticas Sociales, Familias, Igualdad y Natalidad por los reproches contenidos en la reclamación respecto al centro residencial que representa y adjunta copia del oficio de remisión.

El 13 de mayo de 2021 emite informe el jefe de Servicio de Geriatría del Hospital Universitario de Getafe en el que expone que se trataba de un paciente varón de 87 años, con dependencia para actividades básicas de la vida diaria, secundario fundamentalmente a dos ictus isquémicos (en ambos hemisferios) y deterioro cognitivo moderado secundario a enfermedad de Alzheimer que fue trasladado desde una residencia al hospital el 24 de abril de 2020 por un cuadro de somnolencia y mioclonías (contracciones musculares involuntarias) en hemicara izquierda, no acompañada de disartria y baja saturación de oxígeno, de 24 horas de evolución.

Informa que desde el día 21 de abril de 2020 había estado recibiendo en la residencia tratamiento antibiótico con levofloxacino más tratamiento corticoideo con prednisona por clínica respiratoria consistente en tos con expectoración, disnea y picos febriles aislados y el día 23 de abril se realizó estudio serológico de COVID-19 en su residencia con resultado negativo.

Prosigue el informe señalando que el 24 de abril presentó empeoramiento clínico en el centro residencial y fue trasladado a Urgencias del hospital donde al ingreso, se realizó junto a la anamnesis y

la exploración pertinente, una serie de pruebas complementarias: analítica con marcada hiperglucemia, elevación de la urea, creatinina y sodio; hemograma con ausencia de leucocitosis; proteína C reactiva y procalcitonina, normal; PCR-SARS-CoV-2, positivo; Rx de tórax con afectación alveolo intersticial de distribución bilateral y difusa, que en el contexto epidemiológico, era compatible con afectación pulmonar moderada severa por SARS-CoV-2 sin otros hallazgos relevantes.

Expone que con el diagnóstico de neumonía bilateral por coronavirus, el paciente ingreso el mismo día 24 de abril en el Servicio de Geriatría y se instauró tratamiento con oxigenoterapia con reservorio a 15L/min, kaletra, hidroxicloroquina y metilprednisolona previo consentimiento verbal de un familiar y de acuerdo con el protocolo de actuación vigente en el hospital en dicha fecha. Se valoró también la posibilidad e ingreso en UCI pero la evolución del paciente fue desfavorable, decidiéndose, de acuerdo con la familia, instaurar medidas de confort.

El 10 de diciembre de 2021 la Inspección Sanitaria emite informe en el que concluye que *“por parte de los Servicios de Urgencias y Geriatría del Hospital Universitario de Getafe (Madrid), desde el 24 de abril a 1 de mayo de 2020, se considera adecuada, acorde con el diagnóstico de Covid grave severo desde la llegada al hospital; se le aplicaron al paciente -con datos clínicos, radiológicos y de laboratorio que mostraban esa gravedad y un muy presumible mal pronóstico- los tratamientos disponibles al caso desde el inicio de su asistencia en el Hospital Universitario de Getafe”*.

El 20 de enero de 2022 se otorga audiencia a los reclamantes que presentan alegaciones por escrito el 31 de enero de 2022 ratificándose en todas y cada una de las presentadas en el escrito de reclamación y finalmente, el 26 de marzo de 2022 el viceconsejero de Asistencia Sanitaria y Salud Pública formuló propuesta de resolución

desestimatoria de la reclamación al considerar la actuación sanitaria acorde a la *lex artis*.

Se formuló preceptiva consulta a este órgano consultivo y tras el dictamen 251/2022, de 4 de mayo que concluyó la necesidad de retrotraer el procedimiento para conferir audiencia al centro residencial, personado en el procedimiento como interesado, se ha dado audiencia al citado centro y ha formulado alegaciones en escrito presentado el 14 de junio de 2022.

En sus alegaciones el centro residencial se reitera en las formuladas y remitidas el 27 de enero de 2021 a la Consejería de Políticas Sociales, Familias, Igualdad y Natalidad, que adjunta y manifiesta que el centro residencial pertenece al Grupo Orpea Ibérica y que al igual que las demás residencias del grupo han cumplido los protocolos propios y las recomendaciones y normas dictadas por la Administración en relación con la COVID-19 que relaciona. Al respecto destaca que la Fiscalía del Estado siguió diligencias de investigación penal en relación con la situación provocada por los contagios y fallecimientos por COVID-19 en el centro residencial que fueron archivadas al considerar que no concurrieron elementos delictivos de ningún tipo. Incide en que la Consejería de Sanidad únicamente ostenta competencia para tramitar la reclamación respecto al reproche dirigido al centro sanitario pero que carece de competencia respecto a la actuación del centro residencial, afirma que la familia en todo momento fue conocedora de la salud del residente y alega que se vigiló y atendió la salud del residente y se aplicaron los cuidados sanitarios necesarios sin que se les pueda imputar ningún error o mala praxis en la actuación del centro residencial.

Las alegaciones presentadas se acompañan de escritos dirigidos por la dirección del centro residencial a las familias, fechados el 17 de marzo de 2020, protocolo de coordinación para la atención a pacientes

institucionalizados en centros residencias de la Comunidad de Madrid durante el periodo epidémico ocasionado por la COVID-19, guía de prevención y control frente a la COVID-19 en residencias de mayores y otros centros de servicios sociales de carácter residenciales versión de 24 de marzo de 2020, informe médico del Departamento Médico e informe de Enfermería de la Residencia Orpea Pinto-2, control y seguimiento médico del residente desde el 14 de marzo de 2020 hasta el 1 de mayo de 2020, listado de administración de fármacos, póliza de responsabilidad civil, alegaciones presentadas en la Consejería de Políticas Sociales, Familias, Igualdad y Natalidad y solicitud de información del subdirector general de Centros y Servicios de dicha Consejería (folios 162 a 317).

Con posterioridad, se otorga nuevamente audiencia a los reclamantes que en sus alegaciones se ratifican en las previamente formuladas y reiteran la cuantía indemnizatoria solicitada.

Finalmente, el 31 de agosto 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 12 de septiembre 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 579/22, 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 11 de octubre 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.

Los 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 LRJSP, en cuanto sufren el daño moral que provoca el fallecimiento de su esposo y padre. Se ha acreditado debidamente la relación de parentesco y actúan representados por un abogado con poder notarial al efecto.

La legitimación pasiva corresponde a la Comunidad de Madrid, toda vez que la asistencia sanitaria ha sido dispensada en un centro hospitalario de su red pública asistencial.

Respecto al reproche que los reclamantes dirigen al centro residencial, tal y como ha sido expuesto en antecedentes, se ha

procedido a dar traslado de la reclamación a la Consejería de Políticas Sociales, Familias, Igualdad y Natalidad para su correspondiente tramitación y por tanto, no será analizada en este procedimiento tramitado por la Consejería de Sanidad.

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 paciente el 1 de mayo de 2020 por lo que la reclamación presentada el 10 de noviembre de 2020 está formulada dentro del plazo legal.

En cuanto al procedimiento, se ha recabado el informe del Servicio de Geriatría del Hospital Universitario de Getafe de acuerdo con lo previsto en el artículo 81 de la LPAC, se ha incorporado el informe de la Inspección Sanitaria y se otorgó audiencia a los reclamantes. Tras el dictamen 251/22, de 4 de mayo se ha conferido el oportuno trámite de audiencia a los interesados, que han formulado alegaciones, 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 los 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.

Centrado el dictamen que nos ocupa en la asistencia sanitaria dispensada al familiar de los reclamantes, estos consideran que existe relación causal entre el fallecimiento de su familiar y la ausencia de medios adecuados en el Hospital Universitario de Getafe para hacer frente al proceso clínico del paciente.

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 la ausencia de medios reprochada.

Para valorar un caso como el que nos ocupa, hemos de tener en cuenta los hechos notorios que afectaban a España y al resto del mundo en la época en la que sucedieron los hechos por los que se reclama (abril de 2020), es decir la existencia de una pandemia mundial provocada por un nuevo coronavirus que ha sido denominado SARS-CoV-2, con afectación y frecuentación masiva a los servicios sanitarios y con un alto grado de desconocimiento sobre su evolución y comportamiento y según la Inspección Sanitaria, para el manejo clínico de los pacientes con COVID-19 resulta imprescindible y fundamental una valoración clínica integral del paciente, que no solo incluya parámetros de laboratorio, sino datos relevantes, entre otros, la edad, estado general, disnea, ratio de respiración, datos radiológicos y comorbilidades, valoración que permitirá establecer el ámbito de atención del paciente, ordenar el tratamiento previsto disponible en las fechas y aplicar las medidas más adecuadas en función del contexto de la infección viral por COVID-19.

En este contexto, nos encontramos con un paciente de 87 años de edad, trasladado a Urgencias desde un centro residencial, con un cuadro de somnolencia y desaturación que a la vista de la exploración física y pruebas complementarias mostraron una infección respiratoria compatible con COVID 19 grave, con insuficiencia respiratoria, que fue

tratada con el conjunto de fármacos previstos en esas fechas como indicados en infecciones por Covid-19, hidroxicloroquina y los antivirales lopinavir/ritonavir, diagnóstico y tratamiento que la Inspección Sanitaria valora como adecuados. Se procedió al ingreso del paciente en el Servicio de Geriatría y en días sucesivos, la prueba diagnóstica para COVID-19 resultó positiva, se mantuvo el tratamiento y el soporte de oxigenoterapia con reservorio pero el estado general y respiratorio del paciente sufrió un rápido deterioro que concluyó con su fallecimiento pese a que, según los informes obrantes en el expediente, se aplicaron suficientemente los medios procedentes y factibles teniendo en cuenta el estado clínico que presentaba y el contexto de la pandemia y su momento (abril 2020).

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 desde el 24 de abril de 2020 que acudió a Urgencias del Hospital Universitario de Getafe, hasta el fallecimiento, se aplicaron los medios y tratamientos disponibles acordes al diagnóstico de COVID grave que presentaba.

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 sanitaria prestada al familiar de los reclamantes.

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 11 de octubre de 2022

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 626/22

Excmo. Sr. Consejero de Sanidad

C/ Aduana nº 29 - 28013 Madrid