

Dictamen n°: **157/23**
Consulta: **Consejera de Familia, Juventud y Política Social**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **30.03.23**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, en su sesión de 30 de marzo de 2023, aprobado por unanimidad, sobre la consulta formulada por la consejera de Familia, Juventud y Política Social, al amparo del artículo 5.3 de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, en el procedimiento de responsabilidad patrimonial promovido por Dña. y Dña., por el fallecimiento de D. en una residencia de la Comunidad de Madrid, que imputan a la falta de prevención y tratamiento por la COVID-19.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- 1. El 30 de noviembre de 2020, las personas citadas en el encabezamiento, representadas por una abogada, presentan en el registro de la Consejería de Sanidad un escrito de reclamación de responsabilidad patrimonial dirigida al Ministerio de Sanidad y a la consejería con competencias en materia de Políticas Sociales de la Comunidad de Madrid.

Las reclamantes relatan que su esposo y padre ingresó en la Residencia AMAVIR, de Alcorcón el 16 de octubre de 2019, con plaza

privada, procedente de una residencia en Torrelodones, al haber sido diagnosticado en el año 2015 de la enfermedad de Alzheimer con deterioro progresivo desde esa fecha y, aunque por su edad y sus patologías, necesitaba supervisión para determinadas actividades de la vida diaria, deambulaba sin problemas, reconocía a sus familiares, mantenía comunicación y presentaba un buen estado físico, siendo independiente para las transferencias. Refieren que sus familiares acudían todos los días, no solo para hacerle compañía sino para sacarle de compras, pasear e incluso comer fuera de la residencia y que, tras permanecer hospitalizado dos meses, su familiar fue dado de alta a principios del mes de febrero de 2020, siendo trasladado nuevamente a la residencia.

El escrito de reclamación explica que, el 8 de marzo de 2020, a causa de la pandemia por coronavirus, confinaron la citada residencia no permitiendo que ningún allegado acudiera a visitar a sus familiares, siendo el último día que las interesadas pudieron ver al fallecido, quedando dos semanas después aislado completamente en su habitación.

Continuando con el relato fáctico de la reclamación, las interesadas detallan que, el 25 de marzo de 2020, su familiar comenzó a presentar febrícula por lo que se le instauró sueroterapia, sin embargo, dos días después se arrancó la vía por lo que la residencia decidió no volver a ponerla. El 30 de marzo, presentó fiebre de 38° y tos, prescribiéndole Febrectal y paracetamol, observando el médico de la residencia que presentaba crepitantes en ambas bases con saturación de 85%, interpretando que tenía una infección respiratoria aguda por lo que iniciaron tratamiento intravenoso con Augmentine y corticoides.

Las reclamantes refieren que, ante dicha situación, se trasladó al residente al área de aislamiento, por posible COVID-19, pero no se

pudieron realizar pruebas diagnósticas ni trasladarle tampoco a ningún centro hospitalario a consecuencia de las indicaciones del “*Protocolo de coordinación para la atención a pacientes institucionalizados en residencias de personas mayores de la Comunidad de Madrid*”, durante el periodo endémico ocasionado por la pandemia.

El escrito de reclamación expone que la desorientación del residente fue en aumento quitándose la vía varias veces, sobre todo por la noche por lo que, una vez más, decidieron no volver a ponerla y prescribir tratamiento antibiótico por vía oral, manteniéndole en esa situación junto con oxígeno por gafas nasales. La evolución clínica de su familiar, se deterioró globalmente y de manera funcional con el paso de los días falleciendo finalmente el día 6 de abril de 2020 “*completamente solo*”, sin la compañía de las reclamantes y sin tratamiento específico.

Las reclamantes reprochan que, una vez fallecido su familiar, la residencia tampoco les permitió acudir a despedirse quedando su cuerpo durante un día y medio en la misma hasta que fue trasladado al tanatorio de Alcorcón donde tampoco les permitieron asistir a su cremación. Por ello, consideran que su familiar no ha fallecido de manera digna, no se ha tratado la situación desde la humanización de cuidados, ni tampoco de sus derechos.

El escrito de reclamación destaca que la situación descrita “*tan sumamente injusta*” ha conllevado que las reclamantes padezcan un duelo traumático, hasta el punto de que la hija ha precisado atención psicológica para poder sobrellevarlo.

Refieren que quieren dejar constancia de que el oxígeno se lo indicó la doctora de la residencia, ya que la geriatra del hospital de Alcorcón se negó a prescribírselo porque consideraba que no le

correspondía ese centro hospitalario. Además, sostienen que dicha geriatra fue la que decidió, según órdenes de la Comunidad de Madrid, la no derivación de pacientes al hospital ni tampoco la realización de test PCR, dejando al paciente en un completo abandono. Además, denuncian que la residencia se ha negado a entregar el certificado de defunción por lo que se encuentran sin tener conocimiento de la causa del óbito, si bien, sin tener conocimiento si el residente había fallecido por COVID-19 o no, fue tratado como contagiado, metido en un saco y en una cámara obligatoria, gastos que tuvieron que ser sufragados por las reclamantes.

Las interesadas sostienen que las residencias de mayores no son centros hospitalarios ni su función es la de tratar patologías, entre otras cosas porque no tienen los medios suficientes ni necesarios para hacerlo. Reprochan que no se cumplieron las medidas de actuación recogidas en la Guía de prevención y control frente a la COVID-19 en residencias de mayores y otros centros de servicios sociales y, además, en el caso de su familiar, que padecía una patología cardiaco-pulmonar de base, debería haber sido aislado desde el mismo momento en que se conoció la epidemia, ya que existía alta probabilidad de contagio y en su caso de fallecimiento, como así ocurrió.

El escrito de reclamación incide en que la situación y la dimensión de la epidemia y posterior pandemia era conocida por el Ministerio de Sanidad y las consejerías o departamentos de Sanidad de las comunidades autónomas, y no se tomaron las medidas adecuadas para proteger a los ciudadanos y, más concretamente, a los ancianos.

Por todo ello, sostienen que *“resulta incuestionable el nexo de causalidad entre la actuación sanitaria y el fallecimiento del residente, ya que, como consecuencia de la falta total y absoluta de diligencia, de cautela asistencial y de prudencia, no se tomaron las medidas*

adecuadas para que el mismo no fuera contagiado con el COVID 19, y una vez producido el contagio y la gravedad en su estado de salud no fue tratado de forma adecuada, siendo abandonado totalmente a su suerte”.

El escrito acaba solicitando una indemnización de 110.000 euros y se acompaña con copia del libro de familia del fallecido; informe de valoración del familiar de las reclamantes al ingreso en la residencia y un informe de un centro de salud sobre la atención psicológica de la hija del fallecido desde el 8 de mayo de 2020 (folios 1 a 20 del expediente).

2. Consta que el escrito de reclamación se presentó también en el registro del Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social el 9 de diciembre de 2020 y en el registro de la entonces Consejería de Políticas Sociales, Familias, Igualdad y Natalidad el 16 de diciembre de 2020.

SEGUNDO.- Presentada la reclamación ante la Consejería de Sanidad, el 2 de diciembre de 2020, el jefe de Área de Responsabilidad Patrimonial de dicha consejería remitió el escrito presentado por las interesadas a la consejería con competencias en materia de Políticas Sociales para la tramitación del procedimiento.

Consta que, mediante oficio de 8 de octubre de 2021, por parte del Área de Régimen Jurídico y Recursos de la Consejería de Familia, Juventud y Política Social, se requirió a las interesadas para que aportaran el certificado de defunción del familiar fallecido y copia del DNI de las reclamantes, así como la declaración responsable que se adjuntaba para la aceptación del pago en caso de estimación de la reclamación de responsabilidad patrimonial. Dicho oficio fue notificado telemáticamente el mismo 8 de octubre de 2021.

Las reclamantes atendieron al requerimiento el 15 de octubre de 2021, si bien la consejería, el 27 de abril de 2022, dictó orden por la que se declaró a las interesadas desistidas de su reclamación al considerar que no se había presentado la documentación de subsanación solicitada. Las interesadas interpusieron recurso de reposición el 4 de mayo de 2022 que fue estimado al constatarse el error padecido al figurar la presentación de la documentación requerida en plazo.

Se ha incorporado al procedimiento el informe de 15 de julio de 2022 de la Dirección General de Evaluación, Calidad e Innovación de la Consejería de Familia, Juventud y Política Social en el que se indica que se ha tratado de salvaguardar el bienestar de los mayores, dentro de las competencias que tiene atribuidas en relación con los centros residenciales de la Comunidad de Madrid, además de mantener un contacto diario y permanente con los mismos, se han llevado a cabo determinadas actuaciones, en relación con la crisis sanitaria, de coordinación, orientación y difusión a los centros. Señala que, a través de los técnicos de la dirección general, junto al resto de técnicos de la consejería, se lleva a cabo un seguimiento diario con las más de 480 residencias de la Comunidad de Madrid para recabar información sobre la situación en todos los centros residenciales de personas mayores, privados y de gestión indirecta, facilitando la coordinación de los esfuerzos de las consejerías de Familia, Juventud y Política Social y de Sanidad garantizando un canal único de comunicación, ágil, homogéneo y eficaz, entre los distintos agentes implicados.

El informe explica que, por parte de la dirección general, no se han emitido protocolos ni guías de actuación frente a la COVID-19, siendo las actuaciones principales la de coordinación, orientación y difusión a los centros de los protocolos y guías aprobados por la Consejería de Sanidad y la Dirección General de Atención al Mayor y a la Dependencia de la Consejería de Familia, Juventud y Política Social.

En cuanto a la Residencia AMAVIR, y por lo que interesa a la reclamación, el informe indica que, desde el 8 de marzo de 2020 al 6 de abril de 2020, según los datos reportados por la residencia fallecieron, por cualquier causa, un total de 26 usuarios, 22 en residencia y 4 en hospital. En cuanto a los profesionales, según indicó la residencia, la plantilla a fecha de 6 de abril de 2020 se componía por 2 médicos en el turno de mañana, 2 médicos en el turno de tarde, 2 DUE (Diplomados Universitarios de Enfermería) en turno de mañana, 2 en turno de tarde y 1 DUE en turno de noche. De acuerdo a lo reportado por el citado centro, a la fecha indicada anteriormente, existían 4 DUE en aislamiento domiciliario.

El informe destaca que, en relación a los hechos reclamados, no constan en las actuaciones inspectoras información sobre los hechos que afectan al usuario. Añade que, según los últimos datos que constan, en el año 2020 no se recibieron quejas en la Dirección General de Evaluación, Calidad e Innovación, y no se han incoado procedimientos sancionadores desde el año 2020 hasta la fecha del informe. El informe alude a las actas inspectoras que se levantaron el 6 de octubre de 2020 y el 26 de noviembre de 2020, que se adjuntan al informe.

Por último, el informe da cuenta de todos los protocolos y guías que se han ido aprobando por la Comunidad de Madrid en relación con las residencias de mayores en relación con la COVID-19, y se remite a la información que además puedan proporcionar la Consejería de Sanidad como la residencia en la que falleció el familiar de las reclamantes.

El 13 de octubre de 2022 emite informe la Dirección General de Atención al Mayor y a la Dependencia en el que se indica que el familiar de las reclamantes no ocupaba una plaza financiada con fondos públicos de la Comunidad de Madrid, ocupando, sin embargo,

plaza de carácter privado, por lo que entendía que la Dirección General de Atención al Mayor y a la Dependencia no era competente para elaborar informe sobre el servicio cuyo funcionamiento había causado la presunta lesión indemnizable. No obstante, da cuenta, con carácter general, de las medidas, guías y protocolos que se implementaron en la Comunidad de Madrid en relación con las residencias de mayores en relación con la COVID-19.

Instruido el procedimiento por la Consejería de Familia, Juventud y Política Social se otorga audiencia a las reclamantes, al centro residencial y a su aseguradora.

Dentro del plazo conferido, únicamente presentan alegaciones las reclamantes, el 27 de enero de 2023, ratificándose en lo expresado en su escrito de reclamación inicial. Además, critican los informes emitidos en el curso del procedimiento por ser muy genéricos, de actuaciones globales, pero sin atender al caso concreto y sin dar respuesta a los reproches efectuados por las interesadas.

Finalmente, el 20 de febrero de 2023, la secretaria general técnica de la Consejería de Familia, Juventud y Política Social formuló propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación al considerar que no existe relación de causalidad entre el daño que se reclama y el funcionamiento del servicio público, ni concurrir la antijuridicidad del daño.

TERCERO.- El 21 de febrero de 2023 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 88/23, a la letrada vocal Dña. Ana Sofía Sánchez San Millán que formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen,

deliberada y aprobada por el Pleno de esta Comisión Jurídica Asesora en su sesión de 30 de marzo de 2023.

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 de la consejera de Familia, Juventud y Política Social, 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 Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, 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 su parentesco mediante fotocopia del libro de familia.

La legitimación pasiva corresponde a la Comunidad de Madrid por sus competencias en materia de promoción y ayuda a la tercera edad, emigrantes, minusválidos y demás grupos sociales necesitados de especial atención, incluida la creación de centros de protección, reinserción y rehabilitación conforme el artículo 26.1.23 de su Estatuto de Autonomía.

En concreto, la competencia de la Consejería de Familia, Juventud y Política Social deriva de lo establecido en el Decreto 208/2021, de 1 de septiembre, en relación con sus competencias para *“la ordenación de la actividad de los centros y servicios de acción social a través de la autorización, acreditación, registro, inspección y control de calidad de los mismos y sus entidades, así como el control de las comunicaciones previstas en la normativa de centros y servicios de acción social, sin perjuicio de las competencias de habilitación profesional que pertenezcan al órgano competente correspondiente”*. Asimismo, habrá que estar a la Orden SND/275/2020, de 23 de marzo, por la que se establecen medidas complementarias de carácter organizativo, así como de suministro de información en el ámbito de los centros de servicios sociales de carácter residencial en relación con la gestión de la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, vigente hasta la finalización del estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, que estableció *“medidas complementarias de carácter organizativo, así como de suministro de información para todos los centros de servicios sociales de carácter residencial (centros residenciales de personas mayores, personas con discapacidad u otros centros de servicios sociales de análoga naturaleza), ya sean de titularidad pública o privada, y que se encuentren en territorio nacional”*, concretando las medidas y funciones a realizar por las autoridades competentes de las comunidades autónomas.

No obstante, dicha competencia genérica de la Comunidad de Madrid debe desligarse de la actuación concreta de la residencia en la atención del enfermo, que también es objeto de reproche por las interesadas, al tratarse, en este caso, de una plaza de carácter privado y respecto a la que la Comunidad de Madrid carece de legitimación pasiva (en el mismo sentido el dictamen 463/22, de 17 de noviembre, del Consejo Consultivo de Castilla y León, en un caso similar al que nos ocupa).

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 6 de abril de 2020 por lo que la reclamación presentada el día 30 de noviembre de 2020 está formulada dentro del plazo legal.

TERCERA.- Debemos hacer una particular referencia a la tramitación del presente procedimiento de responsabilidad patrimonial.

Se observa que las reclamantes formulan una serie de reproches que se dirigen tanto a la residencia como a la Comunidad de Madrid, si bien en el caso de esta última, una parte de dichos reproches vienen referidos al ámbito sanitario, en concreto en relación con la falta de derivación del paciente a un centro hospitalario, en la falta de realización de pruebas diagnósticas para la detección de la infección por COVID-19 y en la falta de prescripción de oxigenoterapia, que las reclamantes imputan a la Administración sanitaria a la que atribuyen “*el abandono*” del paciente.

No obstante, se observa que no se ha recabado información a la Consejería de Sanidad que es quién en el ámbito de la Comunidad de Madrid ostenta competencias en la materia y contra quién también se han dirigido las interesadas en su reclamación. En este sentido, la Dirección General de Evaluación, Calidad e Innovación de la Consejería de Familia, Juventud y Política Social, al informar en el procedimiento, se ha remitido al complemento de información que pudiera aportar la citada Consejería de Sanidad.

Por lo tanto, para dar cumplida respuesta a todos los reproches de las reclamantes debería recabarse el informe de la Consejería de Sanidad para resolver en un procedimiento único, el tramitado en este caso por la Consejería de Familia, Juventud y Política Social, todos los reproches de las interesadas que vienen referidos a un único daño, el daño moral derivado del fallecimiento del familiar de las reclamantes.

Así, hemos dicho, en nuestro reciente dictamen 153/23, de 23 de marzo, lo siguiente:

«La división de una única reclamación de responsabilidad patrimonial frente a una misma administración por un mismo daño, aun cuando incida en competencias de distintos órganos de la misma, no solo carece de cobertura legal, sino que puede dar lugar a resoluciones contradictorias. En ese sentido, el legislador ha procurado establecer un único procedimiento de responsabilidad patrimonial, y así, incluso en los supuestos de concurrencia de varias Administraciones en la producción del daño, el artículo 33.2 de la LRJSP dispone que, “la responsabilidad se fijará para cada Administración atendiendo a los criterios de competencia, interés público tutelado e intensidad de la intervención. La responsabilidad será solidaria cuando no sea posible dicha determinación”.

Así, si bien la aplicación de esa previsión legal en el caso de administraciones diferentes puede ser compleja, y la práctica

administrativa pone de manifiesto la existencia de duplicidades de procedimientos ante una misma reclamación de responsabilidad patrimonial; la escisión de una única reclamación formulada por los perjudicados por un único daño cuando se dirige contra la misma Administración por razón de la contingente distribución de competencias entre distintos órganos de la misma, no solo resultaría contraria a los principio de eficacia y economía procedimental sino que podría dar lugar a resoluciones contradictorias y diferentes recursos en vía jurisdiccional.

En este sentido, el Consejo de Estado, en su dictamen de 24 de febrero de 2022, dice “La invocación al tiempo de títulos jurídicos diferentes, aún sujetos a regímenes jurídicos diversos, no determina que los órganos competentes para resolver sean distintos según el alegado en cada caso. La continencia de la causa del procedimiento administrativo -trasunto de la procesal- lo impide. Obliga a resolver en el mismo procedimiento todas las pretensiones deducidas por el interesado aun cuando los títulos jurídicos o causas de pedir invocados sean diferentes, siempre que no sean incompatibles entre sí. La atribución de competencias a distintos órganos ha de resolverse a favor de uno de ellos atendiendo a los principios de jerarquía o, en su defecto, al de prevalencia. En el caso presente, al estar llamados a resolver la reclamación el Consejo de Ministros y el Ministro de Sanidad según el título jurídico invocado y al no existir en el ámbito jurídico administrativo propiamente una relación jurídica de jerarquía entre ellos, debe acudirse al principio de prevalencia. Implica este que quien tiene competencia para resolver la cuestión principal puede también hacerlo respecto de las accesorias y conexas, tan íntimamente vinculadas con ella, que resultan inescindibles. Esa facultad para conocer de las cuestiones conexas y accesorias se anuda a la

noción de atribución de funciones, como cortejo que acompaña a la competencia principal”.

Así, en ausencia de mecanismos adecuados de coordinación en el ámbito de la Comunidad de Madrid para la tramitación y resolución de los procedimientos de responsabilidad por COVID, para resolver la reclamación habrá que determinar la competencia prevalente según las circunstancias y reproches de cada caso concreto».

En el caso resuelto en el citado dictamen 153/23, de 23 de marzo, atendiendo a los reproches de los reclamantes y a la aclaración efectuada en el trámite de alegaciones, en el que los interesados limitaron su reproche a la denegación del traslado a un centro hospitalario, cuestión que se incardina en las competencias de la Consejería de Sanidad, se dictaminó que procedía remitir lo actuado al órgano instructor de la Consejería de Sanidad, sin que cupiera la emisión de resolución alguna por la Consejería de Familia, Juventud y Política Social.

En el caso que nos ocupa, resulta difícil determinar el reproche prevalente pues las interesadas no son tan explícitas en su concreción, por lo que la reclamación podría ser resuelta por una u otra consejería, pero en único procedimiento. Por ello, si se continúa el procedimiento por la Consejería de Familia, Juventud y Política Social, debe recabarse el informe de la Consejería de Sanidad para resolver con pleno conocimiento los reproches que afectan al ámbito sanitario y resolver todas las recriminaciones de las reclamantes, que afectan a la Comunidad de Madrid, en un procedimiento único.

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

CONCLUSIÓN

La reclamación de las interesadas debe ser resuelta en un único procedimiento por la Comunidad de Madrid, por lo que la Consejería de Familia, Juventud y Política Social, debe recabar el informe de la Consejería de Sanidad para que se puedan resolver, con pleno conocimiento, también los reproches que afectan al ámbito 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 30 de marzo de 2023

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 157/23

Excma. Sra. Consejera de Familia, Juventud y Política Social

C/ O' Donnell, 50 – 28009 Madrid