

Dictamen nº: **36/23**

Consulta: **Consejera de Familia, Juventud y Política
Social**

Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**

Aprobación: **26.01.23**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, en su sesión de 26 de enero 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., D. y Dña. por el fallecimiento de D. que atribuyen a una deficiente atención y cuidado en la residencia Orpea Alcobendas y deficiente asistencia sanitaria en el Hospital Universitario Santa Cristina.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 28 de enero de 2021, las personas citadas en el encabezamiento presentan en una oficina de Correos una reclamación de responsabilidad patrimonial dirigida a la Consejería de Sanidad y a la Consejería de Políticas Sociales por el fallecimiento de su familiar que atribuyen a falta de atención y cuidado en la residencia en la que se encontraba institucionalizado y a la deficiente asistencia sanitaria dispensada en el Hospital Universitario Santa Cristina.

Refieren que el marido y padre de los reclamantes, de 81 años de edad, con antecedentes de enfermedad pulmonar obstructiva crónica (EPOC), deterioro cognitivo moderado, quistes corticales renales simples, hipoacusia e ingresado desde el año 2015 en la residencia Orpea Alcobendas se encontraba estable, se desplazaba con andador, bajaba al jardín y era visitado por su familia hasta el día 7 de marzo de 2020 que debido a la situación excepcional por COVID y al estado de alarma les explicaron que para proteger a las personas residentes se cancelaban las visitas.

En este punto destacan que desde ese momento, dejaron de informar a la familia, llamaban por teléfono y no podían contactar y de vez en cuando recibían una llamada indicándoles que su familiar se encontraba bien. Intentaron sacarlo de la residencia “*no permitiéndonos acceder e indicándonos que tenía que ser autorizado por la Comunidad de Madrid, sin permitir en ningún momento acceder al mismo*”.

Según los reclamantes, en la indicada residencia, su familiar no recibió seguimiento médico desde el sábado 7 de marzo hasta el 2 de abril de 2020, transcriben las anotaciones contenidas en el documento de control y seguimiento médico que adjuntan desde el 2 de abril hasta el 7 de abril de 2020 que se anota “*motivo de consulta. Realizo valoración del residente con mal estado general en aislamiento por sospecha de infección respiratoria por COVID-19. Inicio de enfermedad actual: 26/03/20 con malestar general y decaimiento, fiebre de 37.5*”.

Reprochan que no consta control médico ni medicación desde el 26 de marzo al 2 de abril, en ningún momento se anotan las medidas adoptadas para hidratar y alimentar a su familiar, no consta que se le pautase suero ni medicación y cuando ya estaba muy grave, el 7 de abril de 2020 se derivó a Urgencias del Hospital Universitario Infanta

Sofía con deshidratación, fracaso renal del que no había sido tratado en la residencia y con una hipernatremia por deficiencias en la dieta.

Relatan la evolución posterior del familiar de los reclamantes desde que es trasladado al Hospital Universitario Infanta Sofía con juicio clínico de neumonía intersticial bilateral, sospecha de COVID, deshidratación, hipernatremia y fracaso renal agudo de probable origen prerrenal y el posterior traslado al Hospital Universitario Santa Cristina, hasta el 21 de abril de 2020 que fallece, y tras su fallecimiento expresan que “*pudo conocerse*” que el deterioro sufrido fue por una infección hospitalaria “*la candida glabrata*” para la que no recibió el tratamiento adecuado, tratándose, según los reclamantes, de una infección nosocomial.

Consideran que según la historia clínica el fallecimiento de su familiar se produce por “desatención” en la residencia “*dejando al mismo deshidratarse sin pautarle sueroterapia, sin un control de la enfermedad que padecía y sin trasladarle al hospital hasta el 7 de abril cuando la situación ya era muy grave*”. También reprochan que en el Hospital Universitario Santa Cristina adquirió una infección nosocomial por falta de medidas de asepsia.

Solicitan una indemnización total de 125.298,01 euros con el siguiente desglose: 83.532,01 euros para su cónyuge y 20.883 euros para cada uno de los hijos.

El escrito de reclamación se acompaña de copia del libro de familia, control y seguimiento médico en la residencia Orpea Alcobendas desde el 1 de marzo de 2015 al 8 de mayo de 2020, tratamiento del residente, informe clínico de alta de Urgencias del Hospital Universitario Infanta Sofía, diversa documentación médica y certificado de defunción.

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

El paciente de 81 años en el momento de los hechos, y antecedentes de fumador de 15/día, exenolismo, EPOC, granulomas en lóbulos superiores, ulcus duodenal intervenido, deterioro cognitivo moderado, posible hidrocefalia normotensiva, quistes renales, hiperplasia benigna de próstata (HBP), hernia umbilical, fractura meseta tibial en 2010, fractura olecranon 2014, miope magno, hipoacusia y déficit de vitamina D, ingresa en la residencia Orpea Alcobendas el 1 de marzo de 2015, ocupando una de plaza pública de financiación total.

El 26 de febrero de 2020 se realiza en la residencia seguimiento médico y el familiar de los reclamantes se encuentra estable y sin incidencias, constantes en rango, sin hallazgos al examen físico y presenta mucha inestabilidad en la marcha.

El 7 de marzo de 2020 el médico anota: “Motivo consulta. Realizo programa de actuación individualizada (PIAI)”. A continuación, el informe médico de 8 de mayo de 2020 obrante en el expediente dice: *“Hasta la siguiente fecha no presentó por el equipo alguna incidencia que notificar”.*

El 2 de abril de 2020 el médico acude a llamada de DUE que refiere verlo decaído. Se realiza exploración física. Presenta una saturación de 90%, frecuencia cardiaca 88 y temperatura 36°C. Auscultación pulmonar normal.

El día 3 de abril de 2020 se encuentra sin fiebre, saturación 85%, frecuencia cardiaca 70 y con diagnóstico de síndrome respiratorio afebril probable COVID se reubica en planta de aislamiento e inicia tratamiento con Azitromicina. Se informa a la familia.

Continúa en seguimiento médico y tratamiento los días 4, 5 y 6 de abril de 2020 que presenta empeoramiento del estado general, saturación 81%, cánula nasal a 5lpm, taquipneico, crepitos y roncus bilaterales. Diagnóstico: insuficiencia respiratoria secundaria a infección por COVID-19. Se informa a la familia y se llama a Geriatría para valorar traslado.

El 7 de abril de 2020 se realiza seguimiento del paciente. En la exploración física presenta mal estado general, fiebre de 37,5° C, frecuencia cardiaca 100, saturación 84%. Diagnóstico: ligera hipotensión y deshidratación. Se pauta oxigenoterapia por Ventimask, se indica hidratación IV con 500 cc de solución fisiológica a goteo rápido puntual por vía periférica, mantener 1500 cc de solución glucosfisiológica para 24 horas, se inicia antibiótico intravenoso con ceftriaxona y paracetamol puntual.

En el seguimiento de constantes presenta mejora con el tratamiento pautado que se mantiene.

Se comunica a familiar el estado y manejo del paciente.

Se comunica e informa a Geriatría del Hospital Universitario Infanta Sofía del estado y manejo del paciente que indica mantener las medidas terapéuticas adoptadas.

Por la tarde se valora al paciente que presenta mal estado general. Con diagnóstico de insuficiencia respiratoria grave secundaria a infección por COVID-19 “según lo acordado con el S. Geriatría de zona contactamos para solicitar la derivación a urgencias del residente por escasa respuesta al tratamiento. Se acepta y coordina la derivación a Urgencias”. Se realiza comunicación de la indicación a familiar.

El paciente es trasladado en ambulancia al Hospital Universitario Infanta Sofía.

En Urgencias del hospital presenta temperatura 36°, saturación 96% con reservorio, se encuentra consciente, desorientado, auscultación cardiopulmonar rítmico, sin soplos. Se realiza analítica y Rx tórax que informa de discreta borrosidad del hemidiafragma derecho sin identificar área de consolidación parenquimatosa ni pinzamiento del seno costofrénico lateral que sugiera derrame pleural.

Ingresó con diagnósticos de neumonía intersticial bilateral sospecha de COVID, deshidratación hipernatrémica, y fracaso renal agudo de probable origen prerrenal. Durante la estancia en el hospital se mantiene estable, con saturación 96-98%. Se realiza sondaje urinario.

Se informa telefónicamente a la familia y se explica el mal pronóstico.

Se pauta dieta triturada, oxigenoterapia, gafas nasales o VM para saturación no mayor de 93-94%. Se mantiene fluidoterapia por escasa ingesta oral, hidroxicloroquina, enoxaparina, paracetamol, trazodona, y ceftriaxona.

El 8 de abril de 2020 es trasladado al Hospital Universitario Santa Cristina. En la exploración presenta muy mal estado general, agitación, fiebre de 38.7°, y saturación 92%, con oxígeno a 21 en gafas nasales. Se realiza analítica y Rx que informa de sutiles infiltrados en vidrio deslustrado periféricos en campo medio- inferior derecho, por lo que, en el contexto epidemiológico, no se descarta afectación por virus SARS-Cov2.

Se anota en la historia clínica “*llama la atención deshidratación hipernatrémica, que no se consigue corregir en el hospital de referencia,*

habida cuenta de haber sido instaurada la sueroterapia por Geriatría de Enlace el mismo día de revisión del paciente, por lo que llega a este centro muy corto de hidratación y con sospecha de sepsis de origen urinario, además de posible necrosis tubular aguda, dada la escasez de orina que produce el paciente, además del hallazgo de una creatinina de 2,87 y de una hematuria franca en la sonda vesical colocada por posible retención aguda de orina, en el hospital de origen”.

Al día siguiente, tras analítica urgente y pruebas radiológicas, se objetivan signos de fracaso renal agudo, manteniendo creatinina elevada. Se encuentra, desde ese día, poco reactivo, con escasa respuesta a estímulos empeorando el cuadro de forma progresiva que requiere aumento de aporte de líquidos.

El día 10 de abril el paciente presenta PCR para SARS-CoV-2 positiva y radiología compatible con neumonía unilateral derecha en campos medio e inferior por COVID-19. Se realizan cultivo de orina y antígenos para Legionella y Neumococo en orina, siendo negativos, en paciente bajo cobertura antibiótica desde el día 7. Se cambia juicio clínico a neumonía COVID-19 y deshidratación hipernatrémica con fracaso agudo secundario por posible necrosis tubular aguda.

El día 11 de abril, se produce empeoramiento del cuadro, con instauración de un fracaso renal más marcado, con oligoanuria, creatinina de 4,5, miocarditis, hipocalcemia, acidosis metabólica e insuficiencia respiratoria aguda, esta última secundaria a neumonía COVID-19. Se reajusta todo el tratamiento, se aumenta el aporte de líquidos y se añade medicación extra, pero el paciente responde lentamente en los días posteriores, manteniéndose con un bajo nivel de conciencia y con aumentos consecutivos de creatinina hasta 6,51, que hacen pensar en una nula función renal.

El día 14 de abril, empieza con discreta mejoría de la función renal, bajando la creatinina, pero sigue con un bajo nivel de conciencia. Se decide mantener tratamiento y hacer analíticas en días alternos, llegando al día 17 de abril con algo de mejor respuesta a estímulos verbales, pero dentro de cierto estado estuporoso que impide una correcta comunicación con el paciente.

El día 19 de abril, mejora aún más la función renal, volviendo la creatinina a reducirse, pero sin una clara mejoría del estado del paciente ya que, al día siguiente, comienza con nuevo cuadro de fiebre que no cede con antitérmicos y a pesar de tener instaurada antibioterapia.

Durante todo el día 20 de abril mantiene temperaturas elevadas, por encima de 38°C, que no ceden. Se realiza estudio radiológico, que muestra mejoría franca del cuadro de neumonía por COVID-19, descartándose broncoaspiración. Se toman muestras de orina y esputo para cultivos, siendo negativo el de orina y positivo el de esputo para candida glabrata, resultado que se conoce tras el éxitus del paciente que se produce el día 21 de abril.

TERCERO.- Presentada la reclamación, la Consejería de Familia, Juventud y Política Social 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).

La jefa de Área de Régimen Jurídico y Recursos de la entonces Consejería de Políticas Sociales, Familias, Igualdad y Natalidad mediante oficio de 30 de abril de 2021 solicita informe al Servicio de Atención a Personas Mayores Dependientes.

El 20 de mayo de 2022 se remite copia de la reclamación presentada a la Consejería de Sanidad para su oportuna tramitación

respecto a los reproches que se formulan a la asistencia sanitaria hospitalaria dispensada.

El 3 de noviembre de 2021 la secretaría general técnica de la Consejería de Familia, Juventud y Política Social solicita los informes correspondientes, a la Dirección General de Atención al Mayor y a la Dependencia y a la Dirección General de Evaluación, Calidad e Innovación.

La Dirección General de Evaluación, Calidad e Innovación, el 19 de enero de 2021, informa que el seguimiento diario de los centros residenciales de personas mayores, privados y de gestión indirecta, se lleva a cabo a través de los técnicos de la consejería, sin que por parte de dicha dirección general se hayan emitido protocolos ni guías de actuación frente al COVID-19 sino que fueron aprobados por la Consejería de Sanidad y la Dirección General de Atención al Mayor y a la Dependencia. Respecto al centro residencial Orpea Alcobendas, facilita información de su ubicación, nº de plazas autorizadas y datos reportados por la residencia del número de casos positivos confirmados de COVID, usuarios en aislamiento y asintomáticos a fecha 11 de noviembre de 2021, número de fallecidos desde el 8 de marzo al 21 de abril de 2020 y plantilla existente en el centro residencial a fecha 21 de abril de 2020.

El informe describe las cinco actuaciones inspectoras de servicios sociales realizadas al centro residencial durante el año 2020 y 2021 (de fecha 20 de febrero y 23 de abril de 2020 y 19 de enero, 4 de marzo y 12 de julio de 2021), las quejas y sugerencias de las que durante dichos años han tenido conocimiento y precisa que no consta ninguna reclamación formulada por el familiar de los reclamantes durante la estancia de su familiar en el centro residencial.

Afirma que “desde el inicio de la crisis generada por la COVID-19 la Consejería de Familia, Juventud y Política Social ha llevado a cabo una permanente comunicación con todas las residencias de personas mayores, de titularidad pública y privada, ya sea de gestión concertada o totalmente privada, a fin de mantenerlas informadas de las distintas medidas de precaución adoptadas por los organismos públicos en relación con el brote causado por el coronavirus COVID-19. Esta labor, se ha realizado con la colaboración de la Dirección General de Atención al Mayor y a la Dependencia”. En este sentido, se indica que, desde el inicio de la pandemia se les ha comunicado periódicamente a los centros de servicios sociales los diferentes protocolos y guías que se han ido elaborando por la Consejería de Sanidad y la Dirección General de Atención al Mayor y a la Dependencia y para hacer accesible dicha información se ha procedido a su publicación en la página web de la consejería. Informa que, desde el 3 de octubre de 2021 se encuentra vigente la Guía de medidas en centros de la Comunidad de Madrid de las consejerías de Sanidad y Familia, Juventud y Política Social y “se ha procedido realizar un seguimiento, en colaboración con los servicios sanitarios de la Consejería de Sanidad, de las medidas adoptadas por los centros para dar cumplimiento a las anteriores Órdenes dictadas por la Consejería de Sanidad y a la actual Orden 1244/2021, de 1 de octubre”.

El informe finaliza señalando: “En relación a los datos que puedan ser aportados por otras unidades u organismos, respecto a las actas de intervención sobre las desinfecciones, reparto de material, reconocimientos ligeros, reconocimientos pesados y cualquier otra relacionada con la Residencia de Personas Mayores Orpea Alcobendas, debemos de indicar que, de conformidad con sus archivos, le corresponde informar a la Dirección General de Atención al Mayor y a la Dependencia de la Consejería de Familia, Juventud y Política Social. Todo ello, sin perjuicio de la información que también pueda ser solicitada a la Consejería de Sanidad y a la Residencia de Personas

Mayores Orpea Alcobendas, en relación a las medidas de prevención y organización para la evitación de la propagación del COVID-19". El informe se acompaña de las indicadas actas de inspección realizadas a la residencia Orpea Alcobendas.

El 18 de noviembre de 2021 la Dirección General de Atención al Mayor y a la Dependencia, solicita información a la Dirección de la residencia Orpea Alcobendas "donde se indique la situación física de Don (...) y su evolución médica desde el día 7 de marzo hasta el día 7 de abril de 2020, así como de cualquier otra circunstancia que se considere relevante. El informe de la Dirección, además, debe realizar un pronunciamiento expreso sobre las medidas adoptadas en el centro residencial en el periodo temporal referido ante la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, en relación con la siguiente normativa y cualquier otra complementaria o de desarrollo: (...)

En el informe emitido deberá identificar los datos identificativos de la entidad gestora del centro y de la compañía aseguradora que estuviera contratada en el periodo temporal referido, aportando contrato de gestión y póliza de seguro.

Además, el informe de la Dirección deberá apoyarse en los siguientes documentos que se solicita se adjunten al mismo.

2. Informe emitido por el médico del centro con la historia clínica y todos los antecedentes personales de interés del residente. Este informe deberá referir la evolución de la salud del residente y los tratamientos médicos que precisó, se prescribieron y administraron a Don durante el periodo temporal señalado. Hoja de tratamiento.

3. Informe emitido por el responsable de enfermería de todos los controles, tratamientos y cuidados de enfermería que precisó, se

prescribieron y administraron al residente durante el periodo temporal a que se ha hecho referencia. Hoja de tratamiento.

4. Hoja de seguimiento del paciente y de registro de la administración de los tratamientos médicos y de enfermería, y de los cuidados que fueron prescritos o precisados por el residente durante el periodo temporal señalado.

5. Registro de aseo, ingesta de sólidos y líquidos del periodo comprendido entre los días 7 de marzo hasta el día 7 de abril de 2020”.

El 23 de noviembre de 2021 la residencia Orpea Alcobendas incorpora al expediente un listado de administración de fármacos al familiar de los reclamantes desde el 7 de marzo al 7 de abril de 2020; un listado de seguimientos, controles e incidencias realizados al familiar de los reclamantes desde el 8 de marzo al 7 de abril de 2020; control y seguimiento médico desde el 7 de marzo al 7 de abril de 2020; listado de control TSE atención directa, ingesta de sólidos, higiene e hidratación desde el 7 de marzo al 6 de abril de 2020; diversa documentación médica del Hospital Universitario Infanta Sofía y del Hospital Universitario Santa Cristina; póliza de seguro de responsabilidad civil; contrato de gestión de servicio público, modalidad concesión, suscrito el 18 de diciembre de 2003 con la Comunidad de Madrid para “Atención a personas mayores en ocho centros (Residencias y Centros de Día) ocho lotes” y el informe solicitado.

Según dicho informe durante la situación de crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19 y en concreto desde el 7 de marzo de 2020 hasta la fecha del informe (22 de noviembre de 2021) la residencia de personas mayores Orpea Alcobendas “*ha aplicado y cumplido todas y cada una de las normas de aplicación*” y ha tenido contratada una póliza de responsabilidad civil que adjunta. Respecto a

la atención y asistencia dispensada al familiar de los reclamantes indica:

“(...) fue residente de este centro residencial en una plaza privada entre el 01/10/2020 y el 11/11/2010. Posteriormente, tras esta estancia, ingresó de nuevo en la residencia disfrutando de plaza pública de financiación total desde el 01/03/2015 hasta su fallecimiento.

La situación física que presentaba desde el 07/03/2020 hasta el 02/04/2020, era similar a la última etapa anterior a la pandemia. Presentaba un deterioro cognitivo leve/moderado, desplazándose de forma autónoma con ayuda de un andador.

Durante los días indicados en los que se aplicaron en el centro medidas de confinamiento en habitación de todos los residentes, D (...) incumplía recurrentemente esta medida, desplazándose a zonas comunes y manteniéndose en ellas. Esta situación intentaba reconducirse continuamente por el personal de planta. Así mismo, se negaba a utilizar mascarilla, retirándosela constantemente aunque el personal se la facilitase en cada ocasión.

El 03/04/21, se le cambio de planta, por orden médica, a la planta de aislamiento por presentar síntomas compatibles con Covid-19. En esta zona permaneció cumpliendo las medidas de aislamiento hasta el 07/04/21 en que fue derivado al hospital”.

Con fecha 17 de diciembre de 2021 la jefa de Área de Régimen Jurídico y Recursos informa a los reclamantes del estado de tramitación del procedimiento.

El 21 de diciembre de 2021 emite informe el director general de Atención al Mayor y a la Dependencia en el que manifiesta que el

familiar de los reclamantes ocupó plaza pública en la residencia Orpea Alcobendas desde el 1 de marzo de 2015 hasta su fallecimiento sin que durante su estancia se hubiera recibido ninguna reclamación ni queja relativa a los servicios recibidos. Transcribe la reclamación de responsabilidad patrimonial que considera se ha formulado dentro del plazo previsto en el artículo 67.1 de la LPAC y a la vista de la documentación aportada al expediente por el centro residencial expresa:

“De todo lo que los reclamantes identifican como objeto de la reclamación, finalmente, no se ha extraído una prueba contundente de que la posible inactividad, falta de atención y de cuidados prestados a Don (...) por la Residencia Orpea Alcobendas fuese la causa del fallecimiento del residente. Asimismo, en relación al resto de denuncias expresadas en el objeto de la reclamación de responsabilidad patrimonial, como son las que se refieren a los cuidados hospitalarios y respecto de los cuales no debe pronunciarse esta Dirección General, es necesario que se constaten daños probados causados por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos prestados a partir del señalado ingreso hospitalario, con el fin de determinar la existencia del nexo causal”.

Figura también en el expediente un informe complementario de la Dirección General de Atención al Mayor y a la Dependencia de 14 de febrero de 2022 en el que se indica que la Dirección de la residencia Orpea Alcobendas confirma en el informe anterior que se habían aplicado todas y cada una de las normas vigentes en el momento de los hechos, que según dicho informe el residente incumplía recurrentemente las medidas adoptadas para preservar su salud y se negaba a utilizar mascarilla, que la residencia cumpliendo los protocolos establecidos por el estado de emergencia sanitaria trasladó al residente por orden del médico a una zona de aislamiento por sospechas de COVID-19 hasta que le desplazaron al hospital

cumpliendo el deber de cuidado y siguiendo el protocolo y considera que según los informes y documentos aportados por la residencia “*se aplicaron correctamente las medidas establecidas frente al COVID-19 para todos los residentes y para D. (...)*”. Señala también el informe complementario que fue una situación de fuerza mayor la acontecida con el estallido de la pandemia, la declaración del estado de alarma y el rápido colapso de los servicios a causa del exponencial crecimiento de los contagios, para concluir “*no podemos establecer la existencia de un nexo causal claro y cierto entre el fallecimiento del paciente y la asistencia dispensada en el centro residencial y máxime existiendo una situación de fuerza mayor clara y evidente*”.

Con fecha 29 de marzo de 2022 la secretaria general técnica comunica a la entidad gestora de la residencia Orpea Alcobendas (Arte Vida Centros Residenciales S.A.) y a su aseguradora, la condición de interesados, emplazándoles para que puedan personarse en el procedimiento.

El 22 de abril de 2022, por medio de representante, se persona en el procedimiento la entidad Arte Vida Centros Residenciales S.A. y acompaña documentación acreditativa de dicha representación. Tras la personación se remite de forma telemática el expediente para formular alegaciones y presentar los documentos que estime oportunos.

El 20 de mayo de 2022 la citada entidad presenta alegaciones. Respecto a la ausencia de registros en ciertos días alega que los facultativos médicos debido a la enorme presión asistencial habida durante la pandemia, velaron por la salud y seguridad de todos y cada uno de los pacientes “*realizándose visitas diarias lo cual no quiere decir que se apuntasen todos y cada uno de los registros. Para los facultativos médicos, algunos fruto del desconocimiento y otros debido a la enorme presión asistencial vivida durante esas fechas, era más importante la salud y seguridad de los residentes que apuntar en las*

hojas-registros todas las visitas y actividades que se realizaban, lo cual se podrá acreditar llegado el momento". Alega que su representada se amoldó a las medidas y normativa establecida durante la crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19 y considera que no existe relación de causalidad entre el fallecimiento y la asistencia dispensada en la residencia que aplicó los protocolos y los cuidados necesarios al familiar de los reclamantes.

Instruido el procedimiento se otorga audiencia a los interesados.

El 7 de diciembre de 2022 la entidad Arte Vida Centros Residenciales S.A. presenta escrito de alegaciones reiterándose en las previamente formuladas. No consta en el expediente la presentación de alegaciones por los reclamantes.

Obra en el expediente el Dictamen 412/22, de 28 de junio emitido por esta Comisión Jurídica Asesora respecto a la reclamación de responsabilidad patrimonial tramitada por la Consejería de Sanidad, en la que se concluye retrotraer el procedimiento para recabar el informe de la Consejería de Familia, Juventud y Política Social.

Finalmente, el 19 de diciembre de 2022 la secretaría general técnica de la Consejería de Familia, Juventud y Política Social formula 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 por lo que no concurren los presupuestos necesarios para la declaración de responsabilidad patrimonial.

CUARTO.- El 20 de diciembre 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 776/22, 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 26 de enero 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 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 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 del Estatuto de Autonomía de Madrid, aprobado por Ley Orgánica 3/1983, de 25 de febrero.

El presente dictamen se limitará a abordar la posible responsabilidad de la Administración autonómica respecto a la atención dispensada al familiar de los reclamantes en el centro residencial.

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 21 de abril de 2020 por lo que la reclamación presentada el día 28 de enero de 2021 está formulada dentro del plazo legal.

El procedimiento seguido no adolece de ningún defecto de anulabilidad o nulidad, por cuanto se han llevado a cabo todas las actuaciones necesarias para alcanzar adecuadamente la finalidad procedural y, así, se han solicitado los informes preceptivos previstos en el artículo 81 de la LPAC, esto es, de la Dirección General de Atención al Mayor y a la Dependencia y de la Dirección General de Evaluación, Calidad e Innovación. Después de la incorporación al

procedimiento de los anteriores informes se ha dado audiencia a los interesados y finalmente se ha formulado la oportuna propuesta de resolución.

Debe concluirse, por tanto, en que la instrucción del procedimiento ha sido completa sin omisión de trámites esenciales o imprescindibles para su resolución.

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 económico 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. En este sentido recuerda la Sentencia de 17 de noviembre de 2020 del Tribunal Superior de

Justicia de Madrid (recurso 443/2019), con cita de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que “*la existencia de un daño real y efectivo, no traducible en meras especulaciones o expectativas*” constituye el núcleo esencial de la responsabilidad patrimonial traducible en una indemnización económica individualizada, de tal manera que resulte lesionado el ámbito patrimonial del interesado “*que es quien a su vez ha de soportar la carga de la prueba de la realidad del daño efectivamente causado*”.

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.

En cuanto a la relación de causalidad ha de destacarse que es doctrina reiterada, tanto de los órganos consultivos como de los tribunales de justicia, el que, partiendo de lo establecido en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la carga de la prueba de los requisitos de la responsabilidad patrimonial corresponde a quien reclama sin perjuicio de las modulaciones que establece dicho precepto. Así pues, corresponde a los reclamantes probar el nexo causal o relación causa-efecto entre el resultado dañoso y el funcionamiento del servicio público que, para el caso que nos ocupa, supone que le incumbe probar que el fallecimiento de su familiar es consecuencia directa, inmediata y exclusiva, en el procedimiento que nos ocupa, del funcionamiento anormal de los servicios sociales. Acreditado este extremo, y en virtud del principio de responsabilidad objetiva que rige en materia de responsabilidad patrimonial administrativa, la carga de la prueba se desplaza hacia la Administración que debe probar las posibles causas de exoneración, como pudieran ser la culpa exclusiva de la víctima, la concurrencia de

otros posibles factores que hayan podido influir en la causación de los hechos o la existencia de fuerza mayor.

Como hemos indicado en los antecedentes de este dictamen, los reclamantes aducen que el fallecimiento de su familiar, en el procedimiento que nos ocupa, trae causa de la desatención del mismo en el centro residencial que concretan en la ausencia de seguimiento médico en el centro residencial desde el 7 de marzo al 2 de abril de 2020, ausencia de hidratación y retraso en el traslado al centro hospitalario.

Procede analizar por tanto si el fallecimiento del familiar de los reclamantes se produjo por un funcionamiento anormal del servicio público como alegan los reclamantes, a los que, por otra parte, corresponde la carga de la prueba y a dichos efectos han aportado el ya citado documento de seguimiento médico de su familiar en la residencia Orpea Alcobendas desde el 1 de marzo de 2015 al 8 de mayo de 2020.

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 (marzo de 2020) es decir, la existencia de una pandemia mundial por un virus completamente desconocido hasta entonces y, además, de muy fácil contagio.

Y con el fin de guiar el control y prevención del COVID-19 en las residencias de personas mayores y centros sociosanitarios se aprobaron: la Orden SND/265/2020, de 19 de marzo, de adopción de medidas relativas a las residencias de personas mayores y centros sociosanitarios, ante la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19; la Orden SND275/2020, 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 el 20 de junio de 2020; y la Orden 1/2020, de 27 de marzo, conjunta de la Consejería de Sanidad y de la Consejería de Políticas Sociales, Familias, Igualdad y Natalidad, por la que se dictan instrucciones para la aplicación de la Orden SND/275/2020, de 23 de marzo, de adopción de medidas relativas a las residencias de personas mayores y centros socio-sanitarios, ante la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, que según los informes obrantes en el expediente han sido aplicadas y cumplidas por el centro residencial y aplicadas en particular al familiar de los reclamantes puesto que según el informe de la Dirección del centro residencial aplicaron las medidas de confinamiento en habitación de todos los residentes, “*D. (...) incumplía recurrentemente esta medida, desplazándose a zonas comunes y manteniéndose en ellas. Esta situación intentaba continuamente por el personal de planta. Así mismo, se negaba a utilizar mascarilla, retirándosela constantemente aunque el personal se la facilitase en cada ocasión. El 03/04/21, se le cambió de planta, por orden médica, a la planta de aislamiento por presentar síntomas compatibles con COVID-19. En esta zona permaneció cumpliendo las medidas de aislamiento hasta el 07/04/21 en que fue derivado al hospital*”.

Precisamente, para proteger a las personas residentes se cancelaban las visitas que los reclamantes reprochan.

Por lo que respecta a la ausencia de seguimiento médico del familiar de los reclamantes desde el 7 de marzo al 2 de abril de 2020, según el informe médico de 8 de mayo de 2020 incorporado al expediente por la Dirección del centro residencial, en ese periodo “no presentó por el equipo alguna incidencia que notificar”.

Al respecto, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en su Sentencia de 11 de marzo de 2022 (recurso 771/2020), recuerda que,

según consolidada línea jurisprudencial mantenida por el Tribunal Supremo, “En la mayoría de las ocasiones, la naturaleza jurídica de la obligación de los profesionales de la medicina no es la de obtener en todo caso la recuperación de la salud del enfermo, obligación del resultado, sino una obligación de medios, es decir, se obligan no a curar al enfermo, sino únicamente a dispensarle las atenciones requeridas, según el estado de la ciencia (SSTS de 4 de febrero y 10 de julio de 2002 y de 10 de abril de 2003).

En definitiva, el título de imputación de la responsabilidad patrimonial por los daños o perjuicios generados por el funcionamiento normal o anormal de los servicios de asistencia sanitaria, no consiste sólo en la actividad generadora del riesgo, sino que radica singularmente en el carácter inadecuado de la prestación médica llevada a cabo, que puede producirse por el incumplimiento de la lex artis o por defecto, insuficiencia o falta del servicio.

A lo anterior hay que añadir que no son indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido evitar o prever según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento que se producen aquéllos, de suerte que si la técnica empleada fue correcta de acuerdo con el estado del saber, el daño producido no sería indemnizable por no tratarse de una lesión antijurídica sino de un riesgo que el paciente tiene el deber de soportar y ello aunque existiera un nexo causal.

En la asistencia sanitaria el empleo de la técnica correcta es un dato de gran relevancia para decidir si hay o no relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y el resultado producido ya que cuando el acto médico ha sido acorde con el estado del saber, resulta extremadamente complejo deducir si a pesar de ello causó el daño o más bien pudiera obedecer a la propia enfermedad o a otras dolencias del paciente».

Respecto a la “desatención”, ausencia de hidratación y de tratamiento, resulta acreditado en el denominado “listado de control TSE Atención Directa” que el familiar de los reclamantes fue atendido diariamente desde el 7 de marzo al 7 de abril para cambio de pañal y diuresis, según el “listado de control TSE Higiene” en las mismas fechas fue asistido para cambio de ropa blanca, afeitado, aseo y cuidados bucales, en las mismas fechas fue hidratado según el “listado de control TE-Hidratación” y figura asimismo la ingesta de sólidos en el correspondiente “listado de control Ingesta Sólidos”. También se acredita la administración de fármacos al familiar de los reclamantes en dicho periodo en el “Listado de Administración de Fármacos”

Respecto al reproche de retraso en la derivación al centro hospitalario consta en el informe médico de 8 de mayo de 2020 obrante en el expediente que el martes 7 de abril de 2020 el familiar de los reclamantes se encontraba en tratamiento y se realizó comunicación con Geriatría del Hospital Universitario Infanta Sofía que indicó mantener las medidas terapéuticas tomadas en el centro residencial y es en el turno de tarde cuando se realiza valoración del residente con mal estado general y se contacta nuevamente con el centro hospitalario para derivación a urgencias y una vez aceptada y coordinada se comunica a familiar y se traslada al centro hospitalario.

De lo hasta ahora expuesto debe concluirse que, a partir del material probatorio integrado en este expediente, no puede considerarse acreditada la relación de causalidad entre el fallecimiento del familiar de los reclamantes y el funcionamiento de los servicios públicos sociales, por lo que la reclamación de responsabilidad patrimonial no puede prosperar.

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

CONCLUSIÓN

Procede desestimar la presente reclamación de responsabilidad patrimonial al no resultar acreditada la relación de causalidad.

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 26 de enero de 2023

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 36/23

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

C/ O' Donnell, 50 – 28009 Madrid