

Dictamen nº: **183/20**
Consulta: **Consejero de Sanidad**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **02.06.20**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid aprobado por unanimidad en su sesión de 2 de junio de 2020, emitido ante la consulta formulada por el consejero de Sanidad al amparo del artículo 5.3 de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, en relación con la reclamación formulada por Dña., (en adelante “*la reclamante*”) por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de las infecciones que atribuye al olvido de parte de un guante de látex durante una colecistectomía realizada en el Hospital Universitario Puerta de Hierro (HUPH).

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La reclamante, asistida por un abogado del turno de oficio, presentó el 26 de mayo de 2016 en un registro auxiliar de la Comunidad de Madrid un escrito en el que formula una reclamación por la atención sanitaria prestada en el HUPH.

En el mismo se expone que la reclamante fue tratada en diversas ocasiones en el HUPH por dolor abdominal. En concreto, el 2 de septiembre de 2013 tras una ecografía abdominal se le diagnosticó una colecistitis aguda muy evolucionada recibiendo el alta.

Al continuar con fiebre y dolores hepáticos (sic) acudió a Urgencias donde se apreció deterioro de la función renal por lo que se consideró necesario proceder a una intervención quirúrgica mediante una colecistectomía siendo derivada al Hospital Universitario Madrid llevándose a efecto el 24 de julio de 2014.

La primera revisión tras la cirugía se llevó a cabo el 14 de agosto de 2014 en la que se anota que hay salida abundante de líquido seroso limpio sin signos de infección por lo que se suspende la antibioterapia manteniendo las curas en casa y atribuyendo el control al médico de cabecera.

Previamente, el 7 de agosto de 2014, se le había realizado un TAC en el HUPH en el que se detectó una colección de 5,8 cm de diámetro en la pared abdominal, herida quirúrgica en relación con seroma sin poder descartar sobreinfección del mismo.

Según afirma, la infección y la inflamación de la herida continuaron y en “*octubre de 2014*” acudió a su médico de cabecera que le detectó en la herida un trozo de látex por lo que la remitió a Urgencias del HUPH donde le extrajeron un trozo de un guante de látex (dedo) que le había sido olvidado en la operación.

El 3 de agosto de 2015 se le concedió a la reclamante el beneficio de justicia gratuita solicitándose al HUPH y al Hospital Universitario Madrid los informes médicos que se acompañan a la reclamación.

Considera que la reclamante ha sufrido un daño causado por la actuación de los servicios sanitarios por lo que reclama una indemnización por los siguientes conceptos:

- Estancia hospitalaria (dos días): 143,68 euros.

- Sin estancia hospitalaria (no impositivos desde la operación el 24 de julio de 2013 hasta la estabilización de la infección 15 de octubre de 2015) 447 días: 14.049,21 euros.

- Factor de corrección 10%: 419,29 euros.

- Secuelas (2 puntos): 686,72 euros

Total: 16.298,90 euros.

Aporta Acuerdo de 31 de julio de 2015 de la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita de la Comunidad de Madrid por el que se reconoce para esa asistencia para *“el procedimiento juicio ordinario daños y perjuicios ante el Decanato, Oficina de Registro y Reparto de 1ª Instancia de Madrid”*.

Asimismo, aporta diversa documentación médica.

SEGUNDO.- En relación con el contenido de la reclamación, la consulta del expediente administrativo al que se han incorporado las historias clínicas del HUPH, de Atención Primaria y del Hospital Universitario HM Madrid ha puesto de manifiesto los siguientes hechos.

La reclamante, nacida en 1956, con antecedentes psiquiátricos de trastorno bipolar (1977) con múltiples ingresos por fases maníacas o hipomaniacas y trastorno histriónico de la personalidad, otro ingreso en septiembre de 2013 en el HUPH a cargo de Medicina Interna por sepsis de origen abdominal secundaria a colecistitis evolucionada, con aislamiento de E. Coli sensible a amoxicilina clavulánico. En colangio-RMN hallazgo de colédoco dilatado sin evidencia de coledocolitiasis.

Vuelve a ingresar el 5 de marzo de 2014 por dolor abdominal con alta el 12 de marzo.

Es derivada al Hospital HM Madrid para realización de colecistectomía.

La intervención se lleva a cabo el 24 de julio. Iniciada mediante laparoscopia se aprecia importante plastrón inflamatorio que engloba estómago hasta casi fistulizar por lo que se reconvierte a cirugía abierta. Recibe el alta el 28 de julio.

El 1 de agosto ingresa en Urgencias del HUPH por bajo nivel de consciencia y relajación de esfínteres. Presenta infección de la herida. Se realiza un TAC de abdomen.

Su tratamiento resulta difícil por falta de colaboración de la reclamante teniendo que activarse la sujeción mecánica e interconsulta a Psiquiatría.

El 3 de agosto se anota: *“Mi impresión es que la paciente presenta más un cuadro neuropsiquiátrico que un problema realmente en relación con patología biliar (dados los hallazgos del TAC) y la infección de la herida ha evolucionado bien”* (folio 361).

El 4 de agosto se hace constar que se vuelve a dejar drenaje de dedo de guante (folio 363). Se decide mantener el ingreso hasta que mejore su nivel de consciencia.

El 5 de agosto se recoge que Enfermería señala que su comportamiento perjudica al resto de pacientes por lo que se plantea su traslado a planta de Psiquiatría, pero este servicio recomienda el alta. Se anota que los Servicios Sociales de la localidad de residencia de la reclamante están avisados de la necesidad de incrementar el control al alta.

El 7 de agosto recibe el alta en el que se hace constar la necesidad de retirada del drenaje a las 24 horas en su centro de salud (folios 19, 348).

El 14 de agosto en la revisión en el Hospital Universitario HM Madrid se anota que estuvo ingresada en la sanidad pública realizándose TAC en el que solo se apreció seroma. En la cura sale abundante líquido seroso limpio por lo que se suspende antibioterapia y se recomiendan curas en domicilio quitando grapas.

En la revisión de 28 de agosto de ese hospital se hace constar que no hay seroma, la herida esta algo inflamada y se le mueve. Se pauta tratamiento y se pasa el control al médico de cabecera. La reclamante se queja únicamente del aspecto de la herida (folios 719-720).

El 22 de octubre acude a Urgencias del HUPH derivada del Centro de Salud por cuerpo extraño en la herida. En la exploración física presenta herida de laparotomía subcostal derecha sin signos de infección. Pequeño orificio de dehiscencia de herida con dedo de guante en su interior.

Se realiza cura de la herida con cristalmina y se extrae el dedo de guante.

Se recomienda mantener herida limpia y seca. Curas diarias con betadine o cristalmina. La herida cerrará por segunda intención si bien en caso de complicación deberá acudir a Urgencias.

Consta un ingreso posterior el 2 de marzo de 2015 al entrar en su casa los Servicios Sociales y encontrarla desorientada.

Tras las habituales dificultades en el manejo hospitalario de la reclamante, recibe el alta el 16 de marzo con los diagnósticos de colangitis aguda en paciente con hamartomatosis biliar. Aislamiento

de E. Coli. No se recoge ninguna observación que pueda relacionar esa asistencia con las anteriores.

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

El 7 de junio de 2016 se comunica el inicio del procedimiento al Hospital Universitario HM Madrid solicitándole que remita la historia clínica y que ponga la reclamación en conocimiento de su aseguradora.

Consta en el expediente una solicitud formulada por una persona que no es la reclamante de compatibilidad para segunda actividad de la que se ignora su relación con el procedimiento (folios 29-30).

El 18 de junio de 2016 emite informe la responsable de atención al paciente Dirección Asistencial Noroeste en el que afirma que no puede aportar más datos que los que constan en la historia clínica, esto es, que el 21 de octubre de 2014 la enfermera apreció en zona de laparotomía un cuerpo extraño (drenaje) que es extraído posteriormente en el HUPH.

En la historia clínica remitida por HM Hospitales consta un informe sin firmar en el que se indica que la reclamante tuvo una infección de la herida quirúrgica que era uno de los riesgos contemplados en el consentimiento informado. Añade que, en cuanto al drenaje “*dedo de guante*”, es muy probable que se dejase en el HUPH durante la realización de un TAC en agosto de 2014 al constar en el alta que se deja un drenaje que deberá retirarse en 24 horas en el Centro de Salud. Al no retirarse y ser un drenaje pequeño es posible que no se visualizase en las revisiones posteriores quedando dentro de la herida.

El 19 de julio de 2016 emite informe el jefe del Servicio de Cirugía General y Digestiva del HUPH en el que indica que la reclamante acudió a ese centro el 2 de agosto para la realización de un TAC que confirmó la existencia de seroma posiblemente sobreinfectado en pared abdominal. Se procedió a drenaje de colección y colocación de “dedo de guante” permaneciendo ingresada hasta el 7 de agosto cuando recibió el alta con dicho drenaje y con indicación expresa de acudir a su Centro de Salud en 24 horas para su retirada.

Previo requerimiento de la instructora del procedimiento fechado el 14 de julio de 2016, HM Hospitales remite el 5 de agosto de 2016 un informe sin fecha firmado por la cirujana que intervino a la reclamante que sustancialmente reproduce lo indicado anteriormente en un informe sin firmar.

El 8 de septiembre de 2016 se concede trámite de audiencia a la reclamante y el 19 de octubre de 2017 a HM Hospitales

El 15 de noviembre de 2017 presenta escrito de alegaciones HM Hospitales en las que considera que ha quedado acreditado que su asistencia fue correcta y que el problema al que alude la reclamante no fue ocasionado por sus servicios sanitarios.

No consta en el expediente remitido la presentación de alegaciones por parte de la reclamante.

Finalmente, la viceconsejera de Sanidad formuló propuesta de resolución, de 13 de febrero de 2020, en la que propone al órgano competente para resolver, desestimar la reclamación al encontrarse prescrito el derecho a reclamar.

CUARTO.- El consejero de Sanidad formula preceptiva consulta por trámite ordinario que ha tenido entrada en el registro de la

Comisión Jurídica Asesora el 9 de marzo de 2020, correspondiendo su estudio, por reparto de asuntos, al letrado vocal D. Carlos Yáñez Díaz, que formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen, siendo deliberada y aprobada, por unanimidad, en el Pleno de la Comisión en su sesión de 2 de junio de 2020.

El escrito solicitando el informe preceptivo fue acompañado de la documentación que se consideró suficiente.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- La Comisión Jurídica Asesora emite su dictamen preceptivo de acuerdo con el artículo 5.3.f) a. de la Ley 7/2015, por ser la reclamación de responsabilidad patrimonial de cuantía superior a 15.000 euros y a solicitud de un órgano legitimado para ello a tenor del artículo 18.3 del Reglamento de Organización y funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid aprobado por Decreto 5/2016, de 19 de enero (ROFCJA).

Con carácter previo, hemos de señalar que, en virtud de lo dispuesto en la Disposición Transitoria Tercera a) de la Ley 39/2015 de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC), a este procedimiento le resulta de aplicación la normativa anterior por haberse iniciado antes de su entrada en vigor.

El presente dictamen se emite en plazo teniendo en cuenta lo dispuesto en la disposición adicional tercera del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma

para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 derogada con efectos 1 de junio de 2020 por el Real Decreto 537/2020, de 22 de mayo, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el citado Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.

SEGUNDA.- La reclamante ostenta legitimación activa para promover el procedimiento de responsabilidad patrimonial, al amparo del artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC) en cuanto es la persona que recibió la asistencia sanitaria que considera inadecuada y que entiende que le ha originado una serie de daños físicos y patrimoniales.

Si bien en la historia clínica se alude a la necesidad de comunicar su situación al Ministerio Fiscal para una posible incapacitación (folio 119) y en una ocasión se alude a los “*tutores*” (folio 686) no consta que se encuentre incapacitada judicialmente.

Se cumple, por otra parte, la legitimación pasiva de la Comunidad de Madrid, en cuanto la asistencia sanitaria se prestó tanto por el HUPH que forma parte de la red sanitaria pública de la Comunidad de Madrid como por el Hospital Universitario HM Madrid que se encuentra concertado con la Comunidad de Madrid.

A este respecto esta Comisión viene reconociendo la legitimación de la Comunidad de Madrid en los supuestos en los que la asistencia sanitaria se presta en centros concertados siguiendo el criterio mantenido por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en sentencias como la de 14 de marzo de 2013 (rec. 1018/2010).

En esta misma línea se sitúa la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 22 de mayo de 2019 (rec. 68/2019) que, tras destacar que la LPAC no recoge una previsión similar a la disposición adicional de la 12ª de la LRJ-PAC, considera que, en los casos en los que la asistencia sanitaria a usuarios del Sistema Nacional de Salud es prestada por entidades concertadas con la Administración (como era el caso), se trata de sujetos privados con funciones administrativas integrados en los servicios públicos sanitarios, por lo que no es posible que se les demande ante la jurisdicción civil ya que actúan en funciones de servicio público.

Respecto a la tramitación del procedimiento se ha cumplimentado lo establecido en la LRJ-PAC desarrollada en este ámbito por el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo (RPRP).

En este sentido se ha solicitado el informe del servicio a los que se imputa la producción del daño al amparo del artículo 10.1 del RPRP, se ha admitido la prueba documental aportada por el reclamante y se ha evacuado el trámite de audiencia de acuerdo con los artículos 84 de la LRJ-PAC y 11.1 del RPRP tanto a la reclamante como al centro hospitalario concertado.

No obstante, han de destacarse algunos aspectos.

El primero es la excesiva duración del procedimiento que lleva ya más de cuatro años de tramitación desde que se presentó la reclamación en el año 2016 sin explicación alguna para tan inadmisibles retrasos.

En segundo lugar, causa asombro que se encuentre documentación en el expediente que nada tiene que ver con el mismo

(solicitud de compatibilidad) a lo que se añade que el índice no concuerda con el contenido pues califica de alegaciones del reclamante a las del Hospital Universitario HM Madrid que, por cierto, figuran duplicadas.

Por último, no se ha recabado el informe de la Inspección Sanitaria. Esta Comisión viene reiterando la necesidad de ese informe por su competencia e imparcialidad al analizar este tipo de reclamaciones y en este caso sin duda hubiera arrojado más luz sobre la reclamación.

Ahora bien, teniendo en cuenta que como se expondrá la reclamación había prescrito y que es evidente que no hubo infracción de la *lex artis*, entraremos en el fondo para evitar más dilaciones en un expediente que, recordémoslo una vez más, lleva ya cuatro años tramitándose.

TERCERA.- Debe hacerse una especial referencia al plazo para reclamar la responsabilidad patrimonial.

En cuanto al plazo, las reclamaciones de responsabilidad patrimonial, a tenor del artículo 142.5 de la LRJ-PAC, tienen un plazo de prescripción de un año desde la producción del hecho que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo, que se contará, en el caso de daños de carácter físico o psíquico, desde la curación o la fecha de determinación del alcance de las secuelas.

La LRJ-PAC no concreta específicamente ese momento y la jurisprudencia de forma reiterada viene identificando ese momento con el alta médica, así la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de abril de 2013 (rec. 3087/20112), criterio que se comparte con la jurisdicción civil, así la Sentencia del Tribunal Supremo (Civil) de 17 de abril de 2007 (rec. 2598/2002).

En este caso habría que estar al alta el 22 de octubre de 2014 cuando se extrae el cuerpo extraño, momento en el que la reclamante dispuso del conocimiento de los elementos necesarios para reclamar sin que conste que el citado cuerpo extraño produjese secuelas posteriores. De esta manera, la reclamación presentada el 26 de mayo de 2016 estaría prescrita.

La reclamación considera que el plazo se habría interrumpido por el reconocimiento a la reclamante del derecho a la asistencia jurídica gratuita el 31 de julio de 2015.

Sin entrar en un análisis específico de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita, ha de indicarse que esta solo ha aludido a la extensión del derecho a la vía administrativa previa a los solicitantes de asilo y algunos supuestos en el ámbito laboral.

En la actualidad la Ley 42/2015, de 5 de octubre, ha modificado nuevamente el artículo 16 de la Ley 1/1996 de tal forma que el apartado primero introduce como novedad el que el órgano administrativo puede suspender el expediente administrativo hasta que se reconozca o deniegue el derecho a la asistencia jurídica gratuita.

Esa modificación trae causa del artículo 20 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, que reconoce la asistencia jurídica gratuita a las víctimas de esta violencia tanto en el ámbito judicial como en los procedimientos administrativos.

Por tanto, cabría entender que el reconocimiento de justicia gratuita solo interrumpe el plazo cuando se trate de procedimientos por violencia de género en los que se reconoce expresamente ese derecho en los procedimientos administrativos.

En los demás casos ha de aplicarse el criterio general de la legislación de procedimiento administrativo que no exige abogado en su tramitación.

De todas formas, en el caso de la reclamante el reconocimiento del derecho se concedió expresamente para una demanda de daños presentada en los tribunales civiles. Se ignora cual fue esta demanda y el resultado de su tramitación lo que explicaría que la reclamación ante la Administración se presentase nada menos que once meses más tarde del reconocimiento, pero ello permite entender que no interrumpió el plazo porque el derecho no se concedió con la finalidad de interponer la reclamación en vía administrativa sino en vía civil.

Respecto a esta última se ha recordar que no interrumpe el plazo de prescripción de la responsabilidad patrimonial ya se trate de diligencias preliminares como ha recogido esta Comisión en los dictámenes 63/19, de 21 de febrero, y 492/19, de 21 de noviembre siguiendo el criterio del Tribunal Supremo en la Sentencia de 16 de diciembre de 2011 (rec. 2599/2011) o de demandas de responsabilidad civil frente a la Administración, así las Sentencias del Tribunal Supremo de 2 de noviembre de 2011 (rec. 258/2009) y 4 de diciembre de 2015 (rec. 1422/2014).

CUARTA.- Lo anterior bastaría para la desestimación de la reclamación, no obstante, ha de añadirse que reiterada jurisprudencia viene recordado que la responsabilidad patrimonial de la Administración requiere la concurrencia de tres 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) Ausencia de fuerza mayor.

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

Igualmente exige la jurisprudencia el requisito de la antijuridicidad del daño que consiste, no en que la actuación de la Administración sea contraria a derecho, sino que el particular no tenga una obligación de soportar dicho daño (así sentencias de 1 de julio de 2009 (recurso 1515/2005) y de 31 de marzo de 2014 (recurso 3021/2011)).

En este caso no nos encontramos ante un supuesto de mala praxis al dejarse olvidado parte de un guante como indica la reclamación, sino que lo que ocurre es que la reclamante no acudió al centro de salud para la retirada del catéter, tal y como se le indicaba en el alta de 7 de agosto de 2014. El citado catéter se introdujo en la herida hasta que una dehiscencia permitió a los servicios sanitarios apreciar su existencia y proceder a su retirada.

Como decimos, ello no es imputable a los servicios sanitarios sino a la reclamante o, más correctamente, a su patología psiquiátrica.

Por todo ello no procede apreciar la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración.

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

CONCLUSIÓN

Procede desestimar la presente reclamación de responsabilidad patrimonial al encontrarse prescrita y no haberse acreditado 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 2 de junio de 2020

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 183/20

Excmo. Sr. Consejero de Sanidad

C/ Aduana nº 29 - 28013 Madrid