

Dictamen nº **395/14**  
Consulta: **Consejero de Sanidad**  
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**  
Aprobación: **17.09.14**

**DICTAMEN** de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 17 de septiembre de 2014, emitido ante la consulta formulada por el consejero de Sanidad, al amparo del artículo 13.1 de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, en el asunto promovido por F.J.A., sobre responsabilidad patrimonial de la Administración por la asistencia sanitaria dispensada por el Servicio de Urología del Hospital Fundación A, que considera deficiente.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Mediante escrito presentado en el registro de entrada de la Consejería de Sanidad el 13 de diciembre de 2007, el perjudicado presenta reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos en cirugía para implante de una prótesis de pene, por considerar no se realizó la profilaxis antibiótica preoperatoria que sus antecedentes inmunitarios requerían, ya que era seropositivo, que no fue correctamente informado de los riesgos específicos, y que no suscribió documento de consentimiento informado.

Expone que presentó diversos episodios infecciosos y que el 13 de mayo de 2005 se intentó una nueva colocación de prótesis en el Hospital Clínico San Carlos, que se desestimó definitivamente por presentar una

intensa fibrosis en los cuerpos cavernosos. También indica que sufre como secuelas desestructuración interna y externa del pene, daño estético (cicatrices) y mantenimiento de la disfunción eréctil. Solicita una indemnización de 124.000 euros.

Refiere que en el año 2004 ejercitó acción penal que se tramitó ante el Juzgado de Instrucción número 43 de Madrid, diligencias previas 2702/2004, y que dicho órgano jurisdiccional dictó Auto de sobreseimiento provisional, que fue confirmado por la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Madrid, no aporta ninguna de las resoluciones judiciales que menciona.

Acompaña a la reclamación informe médico pericial de noviembre de 2006 supuestamente presentado en las diligencias previas al procedimiento abreviado 2702/2004 firmado por doctor en Medicina y Cirugía, especialista en Urología; copia del DNI y Guía Terapéutica Antimicrobiana 2004.

Además, con objeto de acreditar los hechos, solicita que *“se requiera al mencionado Juzgado a fin de que remita copia de los documentos de carácter médico que obran en el mismo”*.

**SEGUNDO.-** Por dichos hechos se ha instruido el procedimiento de responsabilidad patrimonial. Se ha incorporado al expediente la historia clínica del paciente correspondiente al Hospital Clínico San Carlos y al Centro de Salud Tribulete, aunque ninguno de los dos centros médicos es objeto de reproche por el reclamante.

Sin embargo, no se ha remitido en el expediente la historia clínica de la atención objeto de reproche que fue llevada a cabo por el Servicio de Urología de la Fundación A, por lo que no es posible hacer constar los hechos que podrían deducirse de la misma.

De este centro únicamente obra en el expediente, como servicio médico afectado, el expediente el informe de la jefa de dicho Servicio, de 10 de julio de 2008, en el que expone que el paciente está en tratamiento en el Servicio de Urología por un cuadro de disfunción eréctil severa desde 2002. El informe expone que el paciente demanda la colocación de una prótesis de pene. Añade que fue informado y suscribió documento de consentimiento informado, así como que entre las complicaciones de la intervención se advirtió de la posibilidad de infección y, a largo plazo, de la posibilidad de rechazo y explantación de la prótesis con daño de cuerpos cavernosos que imposibilitarían o dificultarían futuras cirugías. El informe indica que la cirugía se realizó el día 12 de septiembre de 2003, con la adecuada preparación del área quirúrgica y la administración de la profilaxis antibiótica idónea para tal intervención y para las particularidades clínicas del paciente. Afirma que no constan incidencias quirúrgicas en el informe operatorio ni en los días correspondientes en el postoperatorio inmediato. Expone que el paciente fue dado de alta con tratamiento antibiótico y con las recomendaciones propias de este implante, entre las que destaca no manipular la prótesis en seis semanas, tiempo estimado de cicatrización del implante en los cuerpos cavernosos. Afirma que el paciente no cumplió con estos consejos y que tras dejar el hospital comenzó a experimentar el funcionamiento de dicha prótesis de pene. Expone que en la asistencia prestada en la Fundación A se observa siempre ausencia de infección, y que solo después de “unos días” comienzan la fiebre y la supuración.

Indica que la infección es la complicación más importante de la cirugía del implante de prótesis de pene que obligan habitualmente a una reintervención y frecuentemente a la retirada de la misma y subraya que este riesgo se ve incrementado “*en situaciones de riesgo como es la inmunodeficiencia que concurre en este paciente*”.

Ante la infección, explica que se procedió a una exploración quirúrgica con la intención de explantar el dispositivo peneano responsable de la infección genital que se había desarrollado.

La Inspección Sanitaria solicitó a la Fundación A la historia clínica el 14 de marzo de 2008, y reiteró dicha solicitud el 16 de abril de 2008, el 20 de mayo de 2008 y el 26 de junio de 2008. Finalmente, por escrito de 2 de septiembre de 2008, el gerente del citado centro informa que tras consultar al Archivo de Historias *“nos comunica la inexistencia de la misma en el Archivo así como en el último Servicio al que fue remitida”* (folio 109). Ante la ausencia de historia clínica la Inspección Sanitaria rehúsa emitir informe ante la imposibilidad de realizarlo sin dicha documentación.

Consta en el expediente un informe médico titulado *“informe técnico”* de fecha 15 de marzo de 2011, suscrito por una doctora colegiada de la que no consta su especialidad y tampoco consta a solicitud de quién se emite, el cual concluye que la complicación sobrevenida constituye un suceso previsible pero inevitable la actuación de los servicios de urología, los cuales adoptaron las medidas de profilaxis antibiótica requeridas por las circunstancias previas del paciente.

Por escritos de 17 de junio de 2011, notificados el día 24 siguiente, se confirió trámite de audiencia al reclamante y a la Fundación A, sin que conste que el reclamante haya presentado alegaciones ni aportado nueva documentación. Por parte del centro hospitalario, su director gerente, mediante escrito presentado el 6 de julio de 2011 formula alegaciones en las que, en síntesis, manifiesta que el hecho que motiva la reclamación de responsabilidad patrimonial ha prescrito y que, no obstante, la asistencia dispensada por el hospital al paciente, en todo momento fue adecuada a su estado y diagnóstico, realizándose las pruebas oportunas y llevando un

completo seguimiento de su estado y evolución, estando en todo momento informado de su proceso y recibiendo toda la información relativa al mismo y a la intervención, firmando los correspondientes documentos de consentimiento informado para cirugía y anestesia.

El 12 de agosto de 2013 la secretaria general del Servicio Madrileño de Salud (por delegación de firma de la viceconsejera de Asistencia Sanitaria en virtud de Resolución 26/2010, de 28 de julio) elevó propuesta de resolución desestimatoria por entender prescrita la reclamación ya que entiende que los daños se determinaron el mismo día de la cirugía y que no cabe considerar la alegación del interesado de haber ejercitado acción penal sobre la que habría recaído sentencia ya que no aporta prueba documental de dicha circunstancia.

El consejero de Sanidad, el 2 de septiembre de 2013, formuló consulta a este Consejo Consultivo, que en su sesión de 9 de octubre de 2013, emitió el Dictamen 458/13, disponiendo la retroacción de las actuaciones para realizar la práctica de la prueba documental solicitada y el resto de actos de instrucción que permitan comprobar la existencia o no de prescripción.

En cumplimiento de lo dictaminado, el órgano instructor retrotrae el procedimiento y requiere al reclamante para que en el plazo de diez días manifieste los motivos por los que considera que su reclamación no se halla prescrita y para que aporte la documentación que apoye dicha alegación. En concreto, solicita resolución que puso fin al proceso penal.

El interesado presenta escrito en el que insiste en solicitar la práctica de prueba documental consistente en requerir a los órganos jurisdiccionales la remisión de la historia clínica, pero no aporta las resoluciones judiciales acreditativas del ejercicio de la acción penal que afirma que ejercitó.

La secretaria general del Servicio Madrileño de Salud (por delegación de firma del viceconsejero de Asistencia Sanitaria en virtud de Resolución 6/2014, de 17 de marzo), por acuerdo de 8 de mayo de 2014, rechaza la práctica de la prueba propuesta por entender que se trata tan solo de la documental sobre la historia clínica y considerarla manifiestamente improcedente e innecesaria, *“al haberse incorporado al expediente la historia clínica completa del paciente en la Fundación A, el informe del jefe de Servicio de Urología e incluso el informe pericial que presentó el paciente en los citados autos penales”*. Añade que se trata de documentación incorporada a un procedimiento judicial en el que el interesado fue parte y que le corresponde a él su aportación.

El 25 de junio de 2014 se notifica al interesado el acuerdo de inadmisión de la prueba solicitada en el que se comprende la posibilidad de formular alegaciones, que no consta que el reclamante haya efectuado.

El 18 de julio de 2014 se formuló propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por el interesado al considerar que la atención dispensada al paciente fue correcta y adecuada a la *lex artis* y encontrarse la acción prescrita.

**TERCERO.-** En este estado del procedimiento y mediante escrito del consejero de Sanidad, de 30 de julio de 2014, registrado de entrada el 4 de agosto siguiente con el número de expediente 378/14, se formula consulta a este Consejo Consultivo por trámite ordinario, correspondiendo su estudio, por reparto de asuntos, a la Sección II, presidida por el Excmo. Sr. D. Pedro Sabando Suárez, que firmó la oportuna propuesta de dictamen, siendo deliberado y aprobado, por unanimidad, en Comisión Permanente de este Consejo Consultivo, en su sesión de 17 de septiembre de 2014.

El escrito solicitando el dictamen fue acompañado de la documentación, en soporte CD de la que se ha dejado constancia en los anteriores antecedentes de hecho.

A la vista de tales antecedentes formulamos las siguientes,

### CONSIDERACIONES DE DERECHO

**PRIMERA.-** El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo, de acuerdo con el artículo 13.1.f)1º de su Ley Reguladora, 6/2007, de 21 de diciembre (LRCC), y a solicitud de un órgano legitimado para ello, según el artículo 14.1 LRCC.

El dictamen ha sido evacuado dentro del plazo ordinario establecido en el artículo 16.1 LRCC, cuyo término se fijó el 26 de septiembre de 2014.

**SEGUNDA.-** La responsabilidad patrimonial de la Administración se encuentra regulada en el artículo 106.2 de la Constitución. El desarrollo legal de este precepto se encuentra contenido en los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC) y en el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial (RPRP).

El reclamante está legitimado activamente para formular la reclamación de daños por responsabilidad patrimonial en nombre propio, al amparo del artículo 139 LRJ-PAC, por cuanto que es la persona que ha sufrido el

daño supuestamente ocasionado por el Servicio de Urología de la Fundación A.

En cuanto a la legitimación pasiva de la Comunidad de Madrid, al centrarse el reproche formulado únicamente en la actuación sanitaria prestada por la Fundación A, es preciso recordar la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 9ª) de 6 de julio de 2010, en relación con un caso planteado respecto de otra asistencia dispensada en la Fundación A sostiene es imputable a la Administración sanitaria la responsabilidad por el funcionamiento de los servicios públicos en el seno de las prestaciones propias del Sistema Nacional de Salud, sea cual fuere la relación jurídica que la une al personal o establecimientos que directamente prestan esos servicios, sin perjuicio de la facultad de repetición que pudiera corresponder. Con base en esta argumentación del citado Tribunal, cabe afirmar la legitimación pasiva de la Comunidad de Madrid.

El procedimiento se ha iniciado a instancia de parte y se ha instruido cumpliendo los trámites preceptivos previstos, en particular, se ha solicitado y emitido informe del servicio presuntamente causante del daño y se ha otorgado trámite de audiencia tanto al reclamante como a la Fundación A. No obstante, es preciso efectuar algunas observaciones:

En primer lugar, la ausencia de historia clínica informada por el gerente de la Fundación A (folio 109) constituye una infracción del artículo 17 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la Autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, que exige a los centros sanitarios la conservación de la historia clínica por un periodo de cinco años, los cuales no se habían cumplido desde que tuvo lugar la cirugía (12 de septiembre de 2003) hasta que se solicitó por el médico inspector el 14 de marzo de 2008, el

16 de abril de 2008, el 20 de mayo de 2008 y el 26 de junio de 2008 ni hasta que el propio gerente de la Fundación A informó sobre su inexistencia el 2 de septiembre de 2008. Ello no obstante, sí se ha incorporado informe del Servicio de Urología del centro, de 10 de julio de 2008, amplio y detallado, con referencias a documentos como el informe operatorio o el consentimiento informado y ello a pesar de la inexistencia de la historia clínica, que no se pudo facilitar a la Inspección Sanitaria.

En segundo lugar, no consta informe de la Inspección Sanitaria, aunque en el presente caso no puede considerarse preceptivo toda vez que el procedimiento se inició años antes de la Orden 317/2013, de 6 de mayo, del consejero de Sanidad que, como ya expusimos en nuestros dictámenes 298/13, de 24 de julio; 328/13, de 30 de julio; 103/14, de 12 de marzo y 106/14, de 19 de marzo, entre otros, no establece norma transitoria alguna sobre los procedimientos en tramitación, por lo que habrá de aplicarse la regla general de derecho transitorio según la cual los procedimientos se sustancian conforme la normativa existente a su entrada en vigor. Por otro lado, la ausencia de historia clínica justifica por sí sola la imposibilidad de efectuar un informe de Inspección con el rigor exigible y necesario en procedimientos como el que ahora se dictamina.

Precisamente la ausencia de informe de la Inspección Sanitaria y de historia clínica impiden un pronunciamiento riguroso sobre el fondo del asunto por lo que parece procedente omitir en la propuesta de resolución las consideraciones relacionadas con la asistencia sanitaria, no así sobre la prescripción, que examinaremos en la consideración jurídica siguiente.

En tercer lugar, una vez efectuado el requerimiento para que el interesado aportase las resoluciones judiciales acreditativas del ejercicio de la acción penal y dicha solicitud fuese desatendida por el reclamante, no cabe sino convenir con el acuerdo de la inadmisión de la prueba solicitada,

en que la misma devino innecesaria, pero no por la motivación expresada en el acuerdo, que es que la historia clínica ya obraba en el expediente, puesto que no consta en el mismo. No obstante, dado que el reclamante no ha efectuado alegación alguna habiéndosele conferido dicha posibilidad, no parece necesario retrotraer para motivar más fundadamente la inadmisión de la prueba.

Por último, procede destacar que se ha sobrepasado con creces el plazo de seis meses para resolver que establece el artículo 13 RPRP.

**TERCERA.-** En cuanto al plazo para presentar la reclamación, el artículo 142.5 de la LRJ-PAC dispone que *“el derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo. En caso de daños, de carácter físico o psíquico, a las personas el plazo empezará a computarse desde la curación o determinación del alcance de las secuelas”*.

La propuesta de resolución plantea la desestimación por prescripción al entender que la reclamación no se produjo hasta diciembre de 2007 pese a que el interesado conocía desde el 12 de mayo de 2005 la imposibilidad de implantación de una segunda prótesis, momento en el que realmente se manifiesta el efecto lesivo de las infecciones contraídas a causa de la cirugía anterior.

Como ha quedado expuesto, el interesado afirma haber ejercitado acciones penales, lo que no acredita en su escrito inicial de reclamación. El órgano instructor, a instancia de este órgano consultivo y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 7 RPRP, efectuó, como acto necesario para la comprobación de los datos, un requerimiento al reclamante para que aportase las resoluciones judiciales de los procesos penales que había iniciado y en los que fue parte. Sin embargo, el interesado no ha aportado al expediente dichos documentos, por lo que recayendo sobre él la carga

de la prueba, una vez requerida la subsanación de la reclamación por parte de la Administración sanitaria, como exige el artículo 70.1 LRJ-PAC, no cabe sino considerar ayuna de toda prueba la afirmación efectuada por el interesado de que dichos procesos tuvieron lugar, circunstancia ante la que solo cabe tomar como *dies a quo* el 12 de mayo de 2005, por lo que el 13 de diciembre de 2007, fecha de presentación de la reclamación, había transcurrido muy ampliamente el plazo de un año y había prescrito el derecho a reclamar.

Bien es cierto que junto al escrito de reclamación se adjuntó un informe médico pericial de noviembre de 2006 supuestamente presentado en las diligencias previas al procedimiento abreviado 2702/2004 firmado por doctor en Medicina y Cirugía, especialista en Urología, lo que podría hacer pensar que en dicha fecha, efectivamente, se estaba siguiendo un proceso penal, pero no es menos cierto que en dicho documento no consta señal alguna que adviera su presentación ante un órgano jurisdiccional en el seno de un procedimiento (sello de entrada, número de registro, etc.)

Este órgano consultivo no ignora que la interpretación de la prescripción ha de tener siempre carácter restrictivo, como exige por ejemplo la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso Administrativo) de 16 de noviembre de 2011 (recurso de casación nº 4522/2009):

*“la interpretación de los obstáculos procesales se guíe por un criterio pro actione que, teniendo presente la ratio de la norma y la necesaria proporcionalidad entre la entidad del defecto y el efecto que a él se ligue, no impida, si una y otra no lo demandan de modo inequívoco, el conocimiento del fondo del asunto, y que huya en consecuencia de meros formalismos o de entendimientos no razonables de las normas procesales”.*

Pero en el presente caso, no cabe sino considerar la prescripción ya que el reclamante pudo y debió aportar la documentación acreditativa de la interrupción del plazo de prescripción por ejercicio de la acción penal, especialmente después de haber sido requerido por la Administración para ello.

En mérito a cuanto antecede, el Consejo Consultivo formula la siguiente

## CONCLUSIÓN

Procede desestimar la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por haber prescrito el derecho a reclamar en el momento de su presentación.

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 este Consejo de conformidad con lo establecido en el artículo 3.7 del Decreto 26/2008, de 10 de abril, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

Madrid, 17 de septiembre de 2014