

Dictamen nº: **444/20**  
Consulta: **Consejero de Sanidad**  
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**  
Aprobación: **06.10.20**

**DICTAMEN** de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 6 de octubre 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 de responsabilidad patrimonial promovida por Dña. ....., D. .... y D. ...., (en adelante, “*los reclamantes*”), por el daño moral resultante del fallecimiento de su madre, Dña. .... (en adelante “*la paciente*”), que consideran derivado del retraso diagnóstico en las complicaciones de una hernia hiatal gigante, en el Hospital Universitario de Torrejón.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El 28 de febrero de 2018, el representante legal de los reclamantes presenta un escrito en el registro de la Comunidad de Madrid, en el que manifiesta que la paciente falleció a consecuencia del retraso en el diagnóstico de que fue objeto y, por tanto, en el deficiente tratamiento de las complicaciones de una hernia hiatal gigante, en el Hospital Universitario de Torrejón.

Los reclamantes consideran que ha existido negligencia médica en el tratamiento que se dispensó a su madre en las diversas ocasiones en

que acudió al Servicio de Urgencias del hospital por molestias gástricas, que ha supuesto el retraso en el diagnóstico de una complicación de la hernia hiatal gigante que padecía- y de la que fue intervenida en dos ocasiones previas-, permitiendo que evolucionara hasta *abdomen agudo por vólvulo gástrico* y perforación. Entienden que la paciente fue tratada tardíamente de su verdadera dolencia, ya que había acudido varias veces a Urgencias por síntomas digestivos, constanding sus antecedentes médicos, sin que llegase a ser diagnosticada correctamente.

El escrito de reclamación repasa las diversas ocasiones en que la paciente acudió a Urgencias del Hospital de Torrejón, los días 1 y 25 de noviembre del 2017 y el día 21 de enero de 2018, indicando que en todas ellas recibió el alta con diagnósticos poco acertados. También destaca la última de ellas, el día 22 de enero, cuando tras permanecer en observación de Urgencias, con mal control analgésico, se apreció voluminosa hernia de hiato e imagen compatible con vólvulo gástrico con signos de perforación intraabdominal, motivo por el que quedó ingresada en el Servicio de Medicina Intensiva, falleciendo el día 26 de enero de 2018 por un fallo multiorgánico.

Por tales motivos solicitan una indemnización de 137.092 euros.

Junto con el escrito de reclamación se aporta, poder notarial de representación conferido por los reclamantes en favor del letrado actuante, libro de familia acreditando el parentesco entre los reclamantes y la fallecida y diversa documentación medica relativa a las asistencias en el Hospital de Torrejón.

**SEGUNDO.-** Del estudio del expediente, resultan los siguientes datos, de interés para la emisión del Dictamen:

Consta en la historia clínica que la paciente, de 73 años de edad en la fecha en que se produjeron los hechos principales, presentaba hernia de hiato gigante desde hacía años, habiendo sido intervenida el 10 de

octubre de 2012 y, tras observarse recidiva en el 2014, tenía indicada otra reintervención, que decidió demorar el 30 de abril de 2015, por motivos diversos, indicando la historia clínica que “*no quiere operarse*”. A partir de ese momento padeció abundante sintomatología digestiva, persistiendo en su negativa a la intervención.

La paciente, no obstante, retomó sus consultas en Cirugía General el 9 de noviembre de 2017, al objeto de reevaluar su situación y la anterior indicación de cirugía. Se solicitó la realización de pruebas diagnósticas con ese objeto: gastroscopia, estudio del tránsito y tomografía computerizada.

Por la evolución de los acontecimientos, solo pudo realizarse la gastroscopia digestiva, cuyos resultados de fecha 10 de enero de 2018, recogieron: “*Recidiva de hernia hiatal y Cavidad gástrica, con datos de sufrimiento en probable relación con funduplicatura previa*”.

El día 1 de noviembre de 2017, la paciente acudió a Urgencias por cuadro de dolor abdominal y vómitos. En la exploración de abdomen se observaron ruidos hidroaéreos de la motilidad intestinal aumentados, abdomen blando, depresible y dolor difuso a la palpación.

No se observó irritación peritoneal y el signo de Murphy y el de Blumberg fueron negativos. Tampoco se constataron masas, ni megalias y la presión de percusión renal fue negativa.

La analítica se encontraba dentro de la normalidad, sin elevación de enzimas hepatopancreáticas y en la radiografía abdominal se reflejó un patrón hepático normal.

A la vista de todo ello, se dio el alta tras mejoría, con tratamiento y con la recomendación de cita en Cirugía, por el problema de base.

El día 25 de noviembre de 2017, la paciente acude nuevamente a Urgencias por epigastralgia con vómitos con hipertensión arterial de 185/95. En el examen médico se constató abdomen depresible, discretamente doloroso en epigastrio, sin masas ni megalias, sin signos de irritación peritoneal y con ruidos preservados.

Tras mejoría clínica con tratamiento, nuevamente es dada de alta con diagnóstico de náuseas con vómitos, en relación con hernia de hiato.

El día 21 de enero de 2018 vuela a Urgencias por dolor abdominal con náuseas, ya que existe un empeoramiento progresivo del dolor epigástrico en las últimas 24 horas, irradiado ahora en cinturón y hacia escápula izquierda y vómitos de contenido alimentario. No ha tomado medicación. No existen datos de peritonismo ni alteraciones analíticas. Con la administración de antieméticos y analgésicos, la paciente mejoró y fue dada de alta.

Sin embargo, al día siguiente día 22 de enero de 2018, la paciente acude nuevamente a Urgencias al empeorar su sintomatología. Empieza a no tolerar líquidos, permaneciendo en observación con mal control analgésico y deterioro clínico con disminución nivel de conciencia, por lo que el día siguiente se realiza un TAC abdominal, del que se concluye que se aprecia voluminosa hernia de hiato e imagen compatible con vólvulo gástrico con signos de perforación intraabdominal y ausencia del parénquima esplénico en probable relación con hipoperfusión por shock multisistémico.

Valorada por Cirugía se decide la intervención urgente, con ASA 4E, en la que se confirma la perforación en cuerpo gástrico, lavado abundante de la cavidad y colocación de drenajes, quedando ingresada en Intensivos.

En Intensivos se procede a atender a la paciente con los tratamientos precisos en estos casos y el soporte vital oportuno, informando a la familia de la gravísima situación y de la posible mala evolución a pesar de la cirugía y el tratamiento, falleciendo el día 26 de enero de 2018.

**TERCERO.-** Recibida la reclamación por el Servicio Madrileño de Salud, se acordó la instrucción del expediente, conforme a lo previsto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPAC) y la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (título preliminar, capítulo IV), (en adelante LRJSP).

Se incorporó al expediente la historia clínica de la paciente, previamente recabada del Hospital Universitario de Torrejón.

En particular referencia a la debida integración de este expediente y, en cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 79 y 81.1 de la LPAC, constan los preceptivos informes del jefe de Servicio de Cirugía General y el del jefe del Servicio de Urgencias.

En su informe de 30 de octubre de 2018, el jefe de Servicio de Urgencias, tras repasar el conjunto de las asistencias que se realizaron en ese servicio, indica que se trataba de una paciente con antecedentes cardíacos y una implantación de desfibrilador, que presentaba dolor abdominal de varios años de evolución y de similares características, siempre relacionados con la hernia de hiato gigante que padecía, de la que fue intervenida en el año 2012 y recidivada en el 2014.

Destaca que, en las diversas consultas de Urgencias, se descartaron procesos agudos y otras patologías abdominales que requirieran tratamientos diferentes.

Particularmente, en la consulta del 1 de noviembre de 2017, destaca que se ofreció a la paciente, por parte de los especialistas, una reintervención para intentar evitar los síntomas y posibles complicaciones típicas de la hernia de hiato gigante, toda vez que no cabe otro tratamiento médico para esa dolencia, pese a los graves riesgos que comporta.

Se explica igualmente en ese informe, que la perforación de una hernia de hiato de esas características es una complicación descrita, conocida y que puede darse en cualquier momento y en cualquier circunstancia y que, además, conlleva una importante cifra de morbilidad y mortalidad.

En cuanto al informe del jefe de Servicio de Cirugía General, de 30 de octubre de 2018, nuevamente refleja el antecedente de la primera intervención de la hernia de hiato de la paciente, el 10 de octubre de 2012, al mantener una clínica digestiva de síncope y pirosis. También destaca que la paciente fue valorada en Cardiología, ORL y Digestivo, por complicaciones en esas áreas, recomendándose nueva intervención en diciembre de 2014 y, que la paciente primero decide posponer esa segunda operación y, en abril de 2015, finalmente resuelve no someterse a la misma, según refleja la historia clínica.

En noviembre de 2017 vuelve a consulta, indicándosele nuevamente la operación, por lo que se solicitaron diversas pruebas diagnósticas: gastroscopia, tránsito y TC; siendo durante el tiempo de realización del estudio, cuando acudió a Urgencias con la clínica mencionada en el informe del Servicio de Urgencias y se precipitaron fatalmente los acontecimientos.

Asimismo, se ha incorporado al procedimiento el informe de 9 de enero de 2019 de la Inspección Sanitaria, que concluye que la asistencia sanitaria que se realizó a la paciente en cada uno de los

servicios donde fue atendida fue correcta y, que los profesionales actuaron conforme a la *lex artis ad hoc*.

Tras la incorporación al procedimiento de todo ello, se comunica la apertura del trámite de audiencia a la representación de los reclamantes, con remisión del expediente administrativo, constanding el correspondiente acuse de recibo, con entrega el día 22 de octubre de 2019. También consta la notificación telemática del expediente y la apertura del plazo de alegaciones, al representante legal del centro concertado, el día 15 de octubre de 2019.

Los reclamantes han hecho uso del trámite de alegaciones, el día 8 de noviembre de 2019, incorporando informe pericial en sustento de su reclamación.

Finalmente, el 31 de enero de 202, se formula propuesta de resolución suscrita por la viceconsejera de Asistencia Sanitaria, en la que se desestima la reclamación, por considerar la asistencia sanitaria ajustada a la *lex artis*.

**CUARTO.-** El consejero de Sanidad mediante oficio que tuvo entrada en el registro de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid el día 23 de julio de 2020, formula preceptiva consulta.

La ponencia ha correspondido, por reparto de asuntos, a la letrada vocal Dña. Carmen Cabañas Poveda, quien formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen, la cual fue deliberada y aprobada en la reunión del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora, en sesión celebrada el día 6 de octubre de 2020.

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 26 de diciembre, por ser la reclamación de responsabilidad patrimonial de cuantía indeterminada 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 (en adelante, ROFCJA).

**SEGUNDA.-** La tramitación del procedimiento de responsabilidad patrimonial está regulada en la LPAC, dado que este procedimiento se incoó a raíz de una reclamación formulada con posterioridad a la entrada en vigor de la norma.

Los reclamantes, hijos de la paciente fallecida, ostentan legitimación activa para promover el procedimiento de responsabilidad patrimonial, al amparo del artículo 4 de la LPAC y el 32 de la LRJSP, en cuanto sufren el daño moral que provoca el fallecimiento de su familiar. Se ha acreditado debidamente la relación de parentesco que ligaba a los interesados con la fallecida, mediante copia del libro de familia. También consta su adecuada representación en el procedimiento, actuando por medio de letrado, debidamente apoderado.

La legitimación pasiva corresponde a la Comunidad de Madrid, ya que la asistencia fue dispensada en un centro vinculado al Hospital Universitario de Torrejón, y se produjo en el ámbito del concierto suscrito con la Comunidad de Madrid. A este respecto esta Comisión viene reconociendo en numerosos dictámenes (323/20 de 28 de julio, 222/17 de 1 de junio, 72/18 de 15 de febrero y 219/18 de 17 de mayo), 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 12<sup>a</sup> 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.

En cuanto al plazo para el ejercicio del derecho a reclamar, es de un año contado desde que se produjo el hecho o el acto que motive la indemnización, o de manifestarse su efecto lesivo (cfr. artículo 67.1 de la LPAC). En el presente caso, los reclamantes reprochan las asistencias sanitarias dispensadas a la paciente, entre noviembre del 2017 y el momento de su fallecimiento, el 26 de enero de 2018. Así las cosas, no cabe duda de la presentación en plazo de la reclamación, formulada el 28 de febrero del mismo año 2018.

En cuanto al procedimiento, no se observa ningún defecto en su tramitación. Se ha recabado informe de los servicios implicados en el proceso asistencial del reclamante y consta también el informe de la Inspección Sanitaria.

Tras la incorporación de los anteriores informes, se dio audiencia a los reclamantes y al centro concertado. Los reclamantes, en sus alegaciones, se han reiterado en los términos de su escrito de reclamación inicial y, han aportado al procedimiento informe pericial sobre cuya valoración volveremos más adelante.

Por último, se ha formulado la correspondiente propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, que ha sido remitida junto con el resto del expediente a la Comisión Jurídica Asesora, para la emisión del preceptivo dictamen.

En suma, de todo lo anterior cabe concluir que la instrucción del expediente ha sido completa, sin que se haya omitido ningún trámite que tenga carácter esencial o que resulte imprescindible para resolver.

**TERCERA.-** Como es sabido, la responsabilidad patrimonial de la Administración se rige por el artículo 106.2 de la Constitución a cuyo tenor: *“Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”*. El desarrollo legal de este precepto se encuentra contenido actualmente en los artículos 32 y siguientes de la LRJSP, completado con lo dispuesto en materia de procedimiento en la ya citada LPAC.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 2016 (recurso 2396/2014) recoge lo siguiente a propósito de las características del sistema de responsabilidad patrimonial:

*“(...) el art. 139 de la LRJAP y PAC, establece, en sintonía con el art. 106.2 de la CE, un sistema de responsabilidad patrimonial: a) unitario: rige para todas las Administraciones; b) general: abarca toda la actividad -por acción u omisión- derivada del funcionamiento de los servicios públicos, tanto si éstos incumben a los poderes públicos, como si son los particulares los que llevan a cabo actividades públicas que el ordenamiento jurídico considera de interés general; c) de responsabilidad directa: la Administración responde directamente, sin perjuicio de una eventual y posterior acción de regreso contra quienes hubieran incurrido en dolo, culpa, o negligencia grave; d) objetiva, prescinde de la idea de culpa, por lo*

*que, además de erigirse la causalidad en pilar esencial del sistema, es preciso que el daño sea la materialización de un riesgo jurídicamente relevante creado por el servicio público; y, e) tiende a la reparación integral”.*

Según abundante y reiterada jurisprudencia, para apreciar la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración son precisos los siguientes requisitos: a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado con 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 de los servicios públicos, en una relación directa e inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran alterar dicho nexo causal. c) Ausencia de fuerza mayor, y d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

La responsabilidad de la Administración es objetiva o de resultado, de manera que lo relevante no es el proceder antijurídico de la Administración, sino la antijuridicidad del resultado o lesión, siendo imprescindible que exista nexo causal entre el funcionamiento normal o anormal del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido.

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 la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 18 de septiembre de 2017 (recurso 787/2015), recuerda que, según consolidada línea jurisprudencial mantenida por el Tribunal Supremo, *“en las reclamaciones derivadas de la actuación médica o sanitaria 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, que impone al profesional el*

*deber de actuar con arreglo a la diligencia debida, 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. Así pues, sólo en el caso de que se produzca una infracción de dicha lex artis respondería la Administración de los daños causados; en caso contrario, dichos perjuicios no son imputables a la Administración y no tendrían la consideración de antijurídicos por lo que deberían ser soportados por el perjudicado”.*

**CUARTA.-** Aplicada la anterior doctrina al presente caso, procede analizar la acreditación de los daños alegados por los reclamantes y su conexión con la actuación de la Administración. En este sentido, el artículo 32.2 de la LRJSP establece: *“En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas”.*

Es doctrina jurisprudencial reiterada, citada en nuestros dictámenes 323/20, de 28 de julio, 330/16, de 21 de julio y 545/16, de 1 de diciembre, que no puede plantearse una posible responsabilidad de la Administración sin la existencia de un daño real y efectivo a quien solicita ser indemnizado, lo que exige *“(…) 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 quién a su vez ha de soportar la carga de la prueba de la realidad del daño efectivamente causado”*(Sentencias del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 2012 -rc 280/2009-y 30 de diciembre de 2013 -rc-a 300/2008-).

*De igual modo, constituye la regla general que la prueba de los presupuestos que configuran la responsabilidad patrimonial de la Administración corresponde a quien formula la reclamación. Así se ha*

*pronunciado, entre otras, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 12 de noviembre de 2018 (recurso 309/2017), con cita de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Además, como añade la citada sentencia, “las alegaciones sobre negligencia médica deben acreditarse con medios probatorios idóneos, como son las pruebas periciales médicas, pues estamos ante una cuestión eminentemente técnica”.*

Todo lo anterior resulta relevante por cuanto el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial no convierte a la Administración en una aseguradora universal de cualquier daño que sufran los particulares, sino que únicamente debe responder de aquéllos que los administrados no tengan el deber jurídico de soportar y sean causados por infracción de la llamada *lex artis*.

**QUINTA.-** Entrando en el análisis de los presupuestos de la responsabilidad patrimonial expuestos en las consideraciones anteriores, en primer lugar cabe señalar que no existe duda de que el daño en este caso viene constituido por el fallecimiento del familiar de los reclamantes que, como hemos dicho constituye un daño moral y, que la jurisprudencia consolidada ha admitido como supuesto de lesión indemnizable (Sentencias del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 1993 -recurso 395/1993-, 19 de noviembre de 1994 -recurso 12968/1991- y 28 de febrero de 1995 - recurso 1902/1991- ), aunque de difícil valoración económica.

En el presente caso, las reclamantes dirigen su reproche a las asistencias dispensadas a su madre en el Hospital Universitario de Torrejón, entre el mes de noviembre de 2017 y el día 26 de enero de 2018, momento en el que finalmente falleció; considerando que del análisis de su desarrollo se evidencia al mal funcionamiento de la Administración Sanitaria, al haberse producido un retraso en el diagnóstico de la evolución/complicación de la hernia hiatal que

padecía, lo que le privó de la posibilidad de recibir un tratamiento más temprano y, por tanto, ha propiciado su fallecimiento.

Hemos de analizar el reproche de los reclamantes partiendo de lo que constituye regla general, esto es, que la carga de la prueba en los procedimientos de responsabilidad patrimonial corresponde a quien reclama, sin perjuicio de que se pueda modular dicha carga en virtud del principio de facilidad probatoria. Como recuerda la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 5 de junio de 2017 (r. 909/2014):

*«Este Tribunal en la administración del principio sobre la carga de la prueba, ha de partir del criterio de que cada parte soporta la carga de probar los datos que, no siendo notorios ni negativos y teniéndose por 15/22 controvertidos, constituyen el supuesto de hecho de la norma cuyas consecuencias jurídicas invoca a su favor (por todas, sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 1985, 9 de junio de 1986, 22 de septiembre de 1986, 29 de enero y 19 de febrero de 1990, 13 de enero, 23 de mayo y 19 de septiembre de 1997, 21 de septiembre de 1998), todo ello, sin perjuicio de que la regla pueda intensificarse o alterarse, según los casos, en aplicación del principio de la buena fe en su vertiente procesal, mediante el criterio de la facilidad, cuando hay datos de hecho que resultan de clara facilidad probatoria para una de las partes y de difícil acreditación para la otra (sentencias Tribunal Supremo (3ª) de 29 de enero, 5 de febrero y 19 de febrero de 1990, y 2 de noviembre de 1992, entre otras)». Es por tanto a la reclamante a quien incumbe probar mediante medios idóneos que la asistencia que se le prestó no fue conforme a la lex artis, entendiendo por medios probatorios idóneos según la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 18 de marzo de 2016 (r. 154/2013) “las pruebas periciales medicas pues se está ante una cuestión eminentemente técnica y como este*

*Tribunal carece de conocimientos técnicos-médicos necesarios debe apoyarse en las pruebas periciales que figuren en los autos. En estos casos los órganos judiciales vienen obligados a decidir con tales medios de prueba empleando la lógica y el buen sentido o sana crítica con el fin de zanjar el conflicto planteado”».*

Pues bien, en el presente caso los reclamantes han aportado un dictamen pericial de un especialista en Cirugía General y Aparato Digestivo que afirma que en este caso se habría producido un retraso en el diagnóstico de la paciente, que le ha privado de la posibilidad de recibir un tratamiento médico adecuado. Por el contrario, los informes médicos que obran en el expediente y en particular el de la Inspección Sanitaria rechazan que en este caso se haya producido el retraso de diagnóstico denunciado.

Ante la concurrencia de informes periciales de sentido diverso e incluso contradictorio en sus conclusiones, la valoración conjunta de la prueba pericial ha de hacerse, según las reglas de la sana crítica, con análisis de la coherencia interna, argumentación y lógica de las conclusiones a que cada uno de ellos llega. En este sentido, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 11 de febrero de 2016 (rec. 1002/2013) manifiesta que *“las pruebas periciales no acreditan irrefutablemente un hecho, sino que expresan el juicio o convicción del perito con arreglo a los antecedentes que se le han facilitado (...)”* y *“no existen reglas generales preestablecidas para valorarlas, salvo la vinculación a las reglas de la sana crítica en el marco de la valoración conjunta de los medios probatorios traídos al proceso (...)”*. La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 27 de abril de 2017 (rec. núm. 395/2014) añade que, para el caso de que existan informes periciales con conclusiones contradictorias, *“es procedente un análisis crítico de los mismos, dándose preponderancia a aquellos informes valorativos de la*

*praxis médica que, describiendo correctamente los hechos, los datos y fuentes de la información, están revestidos de mayor imparcialidad, objetividad e independencia y cuyas afirmaciones o conclusiones vengan dotadas de una mayor explicación racional y coherencia interna, asumiendo parámetros de calidad asentados por la comunidad científica, con referencia a protocolos que sean de aplicación al caso y estadísticas médicas relacionadas con el mismo. También se acostumbra a dar preferencia a aquellos dictámenes emitidos por facultativos especialistas en la materia, o bien con mayor experiencia práctica en la misma. Y en determinados asuntos, a aquéllos elaborados por funcionarios públicos u organismos oficiales en el ejercicio de su cargo y a los emitidos por sociedades científicas que gozan de prestigio en la materia sobre la que versa el dictamen”.*

Según lo indicado, deberemos analizar la solvencia y fundamentación de las valoraciones técnico-médicas incorporadas al expediente (: la del perito de parte y la de la Inspección sanitaria); ya que son parcialmente contradictorias.

El perito aludido, entre sus conclusiones, critica que después de la reparación de la hernia hiatal de la paciente en 2012 y, de la recidiva diagnosticada en 2014, no consten tempranos estudios endoscópicos y/o radiológicos para controlar la evolución de su patología.

Sobre este asunto, debemos discrepar, a la vista del repaso de la historia clínica de la paciente, que evidencia que fue objeto de posteriores revisiones en Digestivo, con múltiples colonoscopias, al padecer diversos episodios de enfermedad diarreica aguda, siendo objeto de las correspondientes asistencias, en las que se objetivó la recidiva. Además, también debemos remitirnos a la negativa de la afectada, a someterse a la nueva intervención quirúrgica, que tenía indicada desde el 2014, oportunamente documentada en la historia

clínica y, a la consideración médica de que, pese a sus complicaciones, ese era el único tratamiento posible para su dolencia.

Centrándose ya en las atenciones del 2017 y 2018, el perito considera que, las varias comparecencias de la afectada en Urgencias, durante el mes de noviembre de 2017, hubieran justificado un estudio puntual y completo del proceso, que en su opinión tampoco se produjo. Además, indica que, en la gastroscopia de 10 de enero de 2018, ya se observaba reproducción herniana con cierto grado de sufrimiento mucoso; pese a lo cual no fue hasta día 23 de enero, cuando se practicó a la afectada una prueba concluyente (una tomografía computerizada), que reveló la urgencia quirúrgica que padecía: un vólvulo gástrico, que le produjo una perforación en el estómago de 8 cms. Se cuestiona, por tanto, la no utilización de los medios diagnósticos adecuados en tiempo, antes de la clínica aguda que motivo la intervención quirúrgica pero, a la vez, le hizo perder su eficacia sanadora.

De ese modo, plantea que se realizó una cirugía de urgencia a una paciente en situación de shock séptico, que no logró superar, por el manifiesto retraso en el proceso gástrico que padecía, con una larga evolución.

Es reiterada la doctrina de esta Comisión que reconoce el especial valor de la opinión de la Inspección Sanitaria, tal y como recuerda el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en sentencia de 16 de marzo de 2017 (recurso 155/2014): *“Ha de tenerse en cuenta que, si bien tanto el informe de la Inspección Sanitaria como el resto de los que obran en el expediente administrativo no constituyen prueba pericial en sentido propiamente dicho, sus consideraciones médicas y sus conclusiones constituyen también un elemento de juicio para la apreciación técnica de los hechos jurídicamente relevantes para decidir la litis puesto que, con carácter general, su fuerza de convicción deviene de los criterios de profesionalidad, objetividad, e imparcialidad respecto del caso y de las*

*partes que han de informar la actuación del Médico Inspector, y de la coherencia y motivación de su informe”.*

En el caso que ahora nos ocupa, el cumplido informe de la Inspección- en lógica coherencia con las explicaciones contenidas en el del jefe de Servicio de Cirugía General y el del Servicio de Urgencias del Hospital Universitarios de Torrejón-, recoge una serie de datos y consideraciones médicas que permiten rebatir lo expuesto por el perito y determinar que no se produjo ningún tipo de negligencia en la atención que fue dispensada a la madre de los reclamantes.

Este informe analiza detenidamente la patología que sufría la afectada, la clínica que presenta, las pruebas conducentes a su adecuado diagnóstico y, sus complicaciones y tratamiento, que es siempre quirúrgico, aunque no exento de grandes riesgos.

De ese modo, se explica que la hernia de hiato se produce cuando la porción superior del estómago asciende hacia el tórax a través de una pequeña abertura que existe en el diafragma (hiato diafragmático). Por su parte, la “hernia de hiato gigante”, que es el término con el que coloquialmente se conoce a la *hernia paraesofágica*, es aquella en la que el hiato esofágico o anillo que comunica al tórax con el abdomen, se hace tan grande que permite el paso de todo el estómago al tórax, llegando incluso, en ocasiones, a pasar también el colon, intestino delgado y epiplón, lo que hace que cada vez el orificio sea más grande y reciba el nombre de “gigante”.

El médico inspector en su informe hace referencia a la clínica que produce la hernia paraesofágica, junto al dolor gástrico y ardores, es de opresión en el pecho, sobre todo después de las comidas, sensación de ahogo (disnea), palpitaciones del corazón (por la presión que realizan sobre el corazón los órganos que han pasado al tórax) y regurgitaciones de los alimentos a la boca (especialmente de noche) con tos nocturna.

Según explica el informe, las hernias de hiato gigante, que representan el 5-8% de las hernias hiatales, tiene una clara indicación de tratamiento quirúrgico, por las graves complicaciones que pueden presentar, sobre todo si presentan herniación paraesofágica, pese a alta morbimortalidad asociada, sobre todo en pacientes de edad y con otras patologías.

Señala que la clínica de este tipo de hernias puede ser variada dependiendo de la gravedad de la hernia. La existencia de tejido digestivo en el esófago puede causar síntomas de pirosis afectando a la mucosa del mismo, regurgitación, disfagia, problemas respiratorios y/o cardíacos por ocupación del espacio torácico.

El diagnóstico se realiza a partir de la clínica del paciente y por pruebas de imagen: radiología, TAC y/o visualización directa por endoscopia.

El tratamiento que es siempre quirúrgico, debe hacerse por cirugía laparoscopia. Es una hernia difícil de operar, por el gran saco herniario que le acompaña y que habrá que extirpar y, por el peligro de lesión de los órganos a los que se pega el estómago; esófago, pleura y corazón.

Además, de forma completamente concluyente, el informe de la Inspección indica que: *“La progresión de una hernia de hiato gigante es imparable con tratamiento médico, siendo solamente el quirúrgico el que más seguridad puede suponer, aunque por la formación de la hernia de hiato, debilidad del hiato diafragmático, tienden a recidivar. Rehacer la funduplicatura es también común, representa hasta un 50% de las operaciones realizadas en algunos centros de referencia”*.

El informe también analiza una de las posibles complicaciones de estas hernias: la perforación gastrointestinal, que consiste en el desarrollo de un orificio en la pared de cualquiera de los órganos

digestivos huecos del paciente. “...*La aparición de los síntomas de estas perforaciones es súbita, con dolor intenso, seguido de estado de shock y constituye una situación catastrófica por abdomen agudo, dolor muy intenso y signos peritoneales. Se diagnostica por radiografía y por TAC y su tratamiento es quirúrgico y de carácter urgente*”, según establece el médico inspector.

En el caso que analizamos, consta que la paciente, pese a haber sido intervenida de su hernia de hiato gigante en el 2012, tiene recidiva desde el 2014 y -también- que, por ello, fue objeto de una temprana indicación de reintervención que no acepta. Consta en la historia clínica que siguió con posteriores revisiones en Digestivo, con múltiples colonoscopias, por sufrir diversos episodios de enfermedad diarreica aguda y ser objeto de otros estudios que objetivaron la recidiva.

A partir de noviembre de 2017, al parecer, las molestias de la hernia se hicieron más evidentes, por lo que la paciente habría acudido a Urgencias los días 1 y 25 de ese mes, con sintomatología de dolor abdominal y vómitos. En relación con esas intervenciones médicas, tal como se detalló en los antecedentes fácticos de este informe, no resulta cierto que se efectuaran asistencias superficiales o incompletas, ya que en ambas se desarrolló una completa exploración abdominal a la enferma, constando abdomen blando, depresible y dolor difuso a la palpación, aunque sin signos de irritación peritoneal, ni masas, o megalias. Además, la presión de percusión renal fue negativa, como también los signos de Murphy y el de Blumberg y la analítica se encontraba dentro de la normalidad, sin elevación de encimas hepatopancreáticas. Consta igualmente radiografía abdominal efectuada en la urgencia del 1 de noviembre, que reflejó un patrón hepático normal.

A la vista de todo ello, en ambos casos se dio el alta tras mejoría, y con tratamiento, considerando que -además- la paciente estaba siendo

estudiada en Cirugía, por su problema de base y de cara a su reintervención.

En el desarrollo de las pruebas que se solicitaron desde el Servicio de Cirugía General, el 9 de noviembre de 2017; en los primeros días del mes de enero de 2018 se le realizó un estudio endoscópico alto como una prueba más a realizar, previa a la cirugía. Del mismo no resultaron signos de perforación, sino alteraciones digestivas relacionadas con las cirugías previas. También consta en la historia clínica la realización de una colonoscopia, el día 27 de noviembre de 2017, que no mostró signos de alarma.

En cuanto a la asistencia del día 21 de enero de 2018, cuando acudió a Urgencias por dolor abdominal (epigástrico irradiado a la escápula) y vómitos de 24 horas de evolución. Consta que la paciente estaba normotensa y presentaba frecuencia cardíaca normal, se encontraba eupneica y sin alteraciones analíticas y, por tanto, no presentaba alteración de todos esos parámetros, a diferencia de lo que habitualmente ocurre en situaciones graves. Además, en la exploración abdominal no se observaron datos de peritonismo, que siempre está presente en casos de perforación abdominal y, dado que con la administración de antieméticos y analgésicos la paciente mejoró y que, durante su estancia no presentó signos de complicación alguna, fue dada de alta.

A las 24 horas del alta, la paciente volvió con la misma sintomatología aunque con mayor dolor. Se decidió mantenerla en observación, pese a que seguía sin presentar alteración o complicación alguna (leucocitos normales, PCR normal, no anemia, función renal normal, gasometría venosa sin acidosis metabólica y perfil hepático normal).

Dentro de ese evolutivo, fue en la madrugada del día 23 de enero, cuando la paciente presentó un marcado deterioro clínico, con encefalopatía con bajo nivel de conciencia, hipotensión, taquicardia y desaturación, todo ello de inicio brusco. Además, en la nueva analítica ya sí presentó leucopenia y elevación de parámetros de función renal, así como alteración del perfil hepático, coagulopatía y acidosis metabólica grave, con pH menor a 7.

Estos datos ya sí inducían a pensar en la existencia de una complicación como es la perforación digestiva, sospecha que se confirmó en la tomografía que se realizó, decidiendo la intervención quirúrgica urgente y su posterior ingreso en Cuidados Intensivos, actuaciones todas ellas que no evitaron el fatal desenlace.

Como ya indicamos, entre otros, en los dictámenes 171/19, de 22 de abril y 87/20, de 27 de febrero, es evidente que el diagnóstico clínico se realiza en función de los síntomas que presenta el paciente y que permiten al facultativo decidir la realización de pruebas diagnósticas que, a su vez, perfilan el diagnóstico final.

En este sentido, como destacan las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 26 de abril de 2018 (r. 75/2017) y de 31 de enero de 2019 (r. 815/2016):

*“La fase de diagnóstico es una de las más importantes y difíciles de la práctica médica a la que se llega después de un proceso de aproximaciones sucesivas que requiere del examen de la historia clínica, la exploración física y las pruebas complementarias pertinentes al caso y que se efectúan progresivamente para llegar al diagnóstico concreto. Se trata de un proceso complejo en el que intervienen muchos factores y en sus primeras fases resulta difícil poder hablar de un error, dado que determinadas sintomatologías pueden sugerir diversas patologías que deben ser, o no, descartadas. No obstante, lo anterior, respecto al error de*

*diagnóstico es importante advertir que para que éste sea generador de responsabilidad es necesario que atendidas las circunstancias del caso y en particular el estado de conocimiento de la ciencia en el momento de producirse el evento lesivo, pueda afirmarse que resultaba factible para el servicio sanitario realizar dicho diagnóstico y que el mismo, de haberse realizado, posibilitara alguna oportunidad de curación. En definitiva, es necesario que la falta de diagnóstico, o bien su error o su retraso sea imputable a la Administración y por ello sea determinante de la lesión del derecho del paciente a un diagnóstico correcto en tiempo oportuno.*

*El error de diagnóstico es fuente de responsabilidad patrimonial de la Administración, por incumplimiento de la obligación de aplicar las técnicas sanitarias en función del proceso a conocimiento de la práctica médica.*

*Ahora bien, no todo error de diagnóstico da lugar a responsabilidad y ha de insistirse en que, para que ello suceda, es necesario que como consecuencia del error no se haya procurado al paciente la asistencia sanitaria exigible”.*

A la vista de todo lo expuesto, se hace patente que la dinámica asistencial que tuvo lugar en cada momento fue la correcta, por lo que no se constata que se haya privado a la paciente de los medios o procedimientos diagnósticos adecuados, en ninguna de las asistencias que recibió, reputándose todas ellas adecuadas a la *lex artis ad hoc* y, por tanto, descartando la pérdida de oportunidad que se invoca de contrario.

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

## **CONCLUSIÓN**

Procede desestimar la reclamación presentada al no apreciarse infracción de la *lex artis* en la asistencia sanitaria dispensada a la paciente.

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 6 de octubre de 2020

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 444/20

Excmo. Sr. Consejero de Sanidad

C/ Aduana nº 29 - 28013 Madrid