

Dictamen Núm. 86/2020

V O C A L E S :

Sesma Sánchez, Begoña,
Presidenta
González Cachero, María Isabel
Iglesias Fernández, Jesús Enrique
Menéndez Sebastián, Eva María
García García, Dorinda

Secretario General:
Iriondo Colubi, Agustín

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 23 de abril de 2020, por medios electrónicos, con asistencia de las señoras y el señor que al margen se expresan, emitió por unanimidad el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 30 de septiembre de 2019 -registrada de entrada el día 4 de octubre de 2019-, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias formulada por, por los daños derivados del fallecimiento de un familiar tras una perforación esofágica durante la práctica de una gastroscopia.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. El día 4 de febrero de 2019, tiene entrada en el registro de la Administración del Principado de Asturias una reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por la esposa, el hijo menor de edad -en cuya representación actúa su madre- y la hija de un paciente fallecido por los daños y perjuicios derivados de la pérdida del ser querido, a causa de una

hemorragia masiva que atribuyen a una perforación del esófago en el curso de una exploración endoscópica.

Exponen que el paciente, "con antecedente personal de neoplasia de esófago distal irresecable tratada con RTQT", ingresa el 3 de diciembre de 2018 por "síndrome febril" tras realización de dilatación endoscópica cuatro días antes, detectándosele "una perforación esofágica" y pasando a ser tratado por el Servicio de Cirugía General, en cuyo informe se reseña "paciente de 61 años trasladado (de) Digestivo por perforación esofágica con colección contenida asociada tras dilatación endoscópica por neo de esófago irresecable (...). El 3-12-18 mientras se encontraba ingresado (...) presenta un episodio de hematemesis masiva con desestabilización hemodinámica, por lo que se decide realizar endoscopia emergente para intentar control del punto de sangrado (...). En la sala de endoscopias sufre parada cardiorrespiratoria. Tras maniobras de resucitación fallidas (...) es exitus".

Afirman que la "perforación esofágica" es la causa del fallecimiento, y que las "lesiones derivadas" de la misma "son consecuencia directa de la mala praxis de los facultativos (...), que fueron los que causaron esa perforación que le causó el sangrado".

Fijan el *quantum* indemnizatorio en cien mil euros (100.000 €) "para cada uno de los reclamantes (esposa y dos hijos)".

Se acompaña una copia del Libro de Familia y diversa documentación relativa a la asistencia sanitaria recibida por el fallecido.

2. Mediante oficio de 28 de febrero de 2019, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas comunica a los interesados la fecha de recepción de su reclamación en el Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios, las normas de procedimiento aplicables, el plazo de resolución y el sentido del silencio administrativo.

3. Previa solicitud formulada por la Instructora del procedimiento, el 26 de marzo de 2019 el Área de Reclamaciones y Asuntos Jurídicos de la Gerencia del Área Sanitaria IV le remite una copia, en formato electrónico, de la historia

clínica del paciente y de los informes de los Servicios de Aparato Digestivo y de Cirugía General que lo atendieron. Entre la documentación obrante en la historia clínica figura el documento de consentimiento informado para la realización de dilatación esofágica, firmado por el paciente y el médico el día 25 de octubre de 2018. En él se describen la técnica, con expresa indicación de que en ocasiones se realiza de manera ambulatoria, y los riesgos típicos, sin que aparezca cubierto ningún riesgo personalizado. Como riesgos típicos se reflejan dieciséis -incluyendo hemorragia y perforación- y se recoge la existencia de un "mínimo riesgo de mortalidad".

En el informe del Jefe del Servicio de Aparato Digestivo, de 18 de marzo de 2019, se incide en que el proceso asistencial dispensado al paciente tenía por objeto el alivio sintomático de la clínica que presentaba, dado que la estenosis tumoral que padecía impedía el paso de alimento. Previamente se le había colocado, y después retirado, una prótesis esofágica, y ante la reaparición de la clínica en forma de disfagia se indicó una nueva exploración endoscópica, practicada el 6 de noviembre de 2018, que requirió de dilatación para lograr el paso del endoscopio. Señala que dicha exploración "se realizó en régimen ambulatorio al no existir datos clínicos que indicasen la necesidad de hospitalización", desarrollando posteriormente el paciente un cuadro que requirió el ingreso. Destaca que las actuaciones que se llevaron a cabo "fueron en todo momento acordes con la *lex artis*", haciendo "hincapié en que se trataba de un paciente con una neoplasia esofágica irresecable en la que se solicitó la realización de una técnica endoscópica para un alivio sintomático, y ante la existencia de una estenosis de etiología tumoral", para "la que no cabía un tratamiento quirúrgico y que interfería muy significativamente con la calidad de vida del paciente, si bien podíamos también haber desestimado un intento de actuación endoscópica, optamos por la realización de una dilatación, técnica que ciertamente puede producir como complicación de la misma una perforación esofágica, aun cuando se realice bajo unas óptimas condiciones clínicas, que no son las que parecía presentar este paciente". Afirmo que la causa del fallecimiento (...) fue la hemorragia digestiva masiva que padeció, que "no necesariamente tuvo que ser una consecuencia de la

perforación esofágica previa, ya que las neoplasias esofágicas presentan *per se* este tipo de situaciones clínicas”, destacando la presencia desde meses antes de invasión tumoral de los vasos sanguíneos existentes en las estructuras mediastínicas que circundan el esófago.

En el informe de la Responsable del Servicio de Cirugía General, firmado el día 21 de marzo de 2019, se deja constancia del tratamiento recibido por el paciente para hacer frente al cáncer irreseccable de esófago torácico por afectación de aorta y bronquio izquierdo, con una respuesta inicial favorable, aunque en marzo de 2018 se aprecia de nuevo progresión tumoral y estrechez esofágica que precisa varias dilataciones. Refiere que el día 6 de noviembre de 2018 se realiza “nueva dilatación esofágica sin incidencias”, ingresando cuatro días después con síndrome febril. Concluye que “la hemorragia masiva que sufrió el día 4 de diciembre fue consecuencia del crecimiento de su tumor, que invadía ya al diagnóstico el árbol bronquial y la aorta. La progresión del tumor, demostrada por la biopsia de noviembre (de) 2018, fue (la) que provocó la hemorragia que le mató, muy probablemente por la rotura de la aorta invadida por el tumor. No fue una lesión traumática, sino una consecuencia del crecimiento en el mediastino del cáncer de esófago que padecía”.

4. Con fecha 21 de mayo de 2019 emite informe una facultativa, máster en valoración del daño corporal, a instancia de la compañía aseguradora de la Administración. En él se constata que el paciente padecía “una neoplasia de esófago irreseccable que presentaba invasión de grandes vasos (aorta) y árbol bronquial. Enfermedad en progresión que ocasionó estenosis esofágica cuyo tratamiento paliativo es la dilatación endoscópica./ Tras una gastroscopia con dilatación se produce una perforación contenida. La perforación es una complicación contemplada en el consentimiento informado firmado por el paciente. Complicación poco frecuente pero que alcanza mayor incidencia en pacientes con enfermedad neoplásica de base./ La hemorragia masiva (hematemesis) que condicionó el fallecimiento del paciente fue con alta probabilidad secundaria al crecimiento del tumor con afectación de aorta. La perforación no fue la causa de la hemorragia./ Tras revisión de la

documentación se puede afirmar que se trató al paciente de manera adecuada, sin que se hayan detectado anomalías en la praxis médica”.

5. Evacuado el trámite de audiencia mediante oficio notificado a los interesados el 26 de junio de 2019, presentan estos un escrito de alegaciones el día 4 de julio de 2019. En él aducen que, de haber sido tenida en cuenta la enfermedad de base del paciente y si se hubiera obrado con “una mayor diligencia en la realización de esa prueba, precisamente por los riesgos que aportaba la patología de base (...), se hubiera podido evitar la perforación”, añadiendo que “la gastroscopia tampoco era un tratamiento necesario en el caso que nos ocupa”, y que “no se debía haber realizado si previamente se hubieran sopesado los riesgos que acarreaba, que desde luego eran superiores a los beneficios que podía generar, como finalmente ocurrió”.

Refieren como error de los facultativos intervinientes la práctica de la gastroscopia con dilatación esofágica “de forma ambulatoria, y por tanto sin control posterior de evolución del mismo a pesar de su grave estado general”, enviándole a su domicilio el mismo día (6 de noviembre de 2018) “de forma totalmente indebida”. Reseñan que los días posteriores “el paciente presenta dolor al tragar (odinofagia) y fiebre, y los facultativos no se dan cuenta de la perforación esofágica que han causado (...) hasta el 11-11-18”.

Alegan que la posibilidad de la complicación surgida “no fue explicada al paciente en la debida forma, ya que el mismo, como es evidente a la vista de sus informes médicos, no se encontraba en absoluto en condiciones de comprender lo que firmaba (como exigen las normas y jurisprudencia vigente), y ello en caso de que verdaderamente exista ese consentimiento informado en este caso, ya que esta parte carece de copia del mismo y desconoce su existencia y contenido”.

Finalmente reiteran que la perforación es la causa del fallecimiento, por lo que mantienen la petición inicial resarcitoria, solicitando asimismo que, “toda vez que esta parte desconoce la existencia y contenido del consentimiento informado firmado por el paciente (...), se expida copia del mismo y que se dé traslado a esta parte para su examen”.

6. Mediante oficio de 18 de julio de 2019 el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas, en respuesta a la solicitud contenida en las alegaciones presentadas, comunica a los reclamantes que el documento de consentimiento informado "se encuentra incluido en el CD" del que se les ha hecho entrega en el acto de vista del expediente, concediéndoles un nuevo plazo para formular alegaciones.

7. Con fecha 3 de septiembre de 2019, los interesados presentan un segundo escrito de alegaciones en el que reiteran lo expuesto anteriormente y añaden que "el consentimiento es para una dilatación y no para una gastroscopia, y en ella se determina expresamente que lo más común es que dicha intervención se realice con el paciente ingresado y no de forma ambulatoria, como ocurre en este caso a pesar de la gravedad previa del estado del paciente y de su situación de riesgo, que exigía su realización (...) en sede hospitalaria y con el paciente ingresado para poder controlar correctamente su evolución y evitar riesgos que era previsible que apareciesen si tenemos en cuenta su estado anterior a la práctica de la dilatación".

8. El día 13 de septiembre de 2019, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas formula propuesta de resolución en sentido desestimatorio al entender que la "necesidad de la indicación médica para la procedencia de la técnica de dilatación surge como consecuencia de la clínica de disfagia (dificultad para tragar) que presentaba (por diagnóstico previo de neoplasia esofágica irresecable), secundaria a la existencia de una estenosis esofágica con tejido de aspecto neoplásico que no permite el paso del endoscopio, ante la que no cabía tratamiento quirúrgico e interfería muy significativamente con la calidad de vida (gran limitación ingesta alimentos), por lo que previo consentimiento informado se procedió a su dilatación hasta conseguir un diámetro suficiente para el alivio de la clínica, puesto que la estenosis tumoral impedía el paso del alimento".

Afirma que “la hemorragia digestiva masiva con la perforación esofágica iatrogénica no implica la existencia de relación de causalidad entre las mismas, más bien las neoplasias esofágicas *per se* son las desencadenantes de estas hemorragias por invasión de las estructuras vasculares mediastínicas limítrofes al esófago, infiltración presente en este caso desde hace varios meses, determinante de la irresecabilidad quirúrgica y cuya remisión no fue posible con los tratamientos de quimioterapia y radioterapia aplicados”.

9. En este estado de tramitación, mediante escrito de 30 de septiembre de 2019, V. E. solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa al procedimiento de reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias objeto del expediente núm., de la Consejería de Salud, adjuntando a tal fin copia autenticada del mismo en soporte digital.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes consideraciones fundadas en derecho:

PRIMERA.- El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13.1, letra k), de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, en relación con el artículo 18.1, letra k), del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo, aprobado por Decreto 75/2005, de 14 de julio, y a solicitud del Presidente del Principado de Asturias, en los términos de lo establecido en los artículos 17, apartado a), y 40.1, letra a), de la Ley y del Reglamento citados, respectivamente.

SEGUNDA.- Atendiendo a lo dispuesto en el artículo 32.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante LRJSP), están los interesados activamente legitimados para formular reclamación de responsabilidad patrimonial, por cuanto su esfera jurídica se ha visto

directamente afectada por los hechos que la motivaron. Habiendo sufrido el daño también una persona menor de edad, está facultada para actuar en su representación la reclamante (madre del mismo a tenor de la copia de las hojas del Libro de Familia que obran en el expediente), según lo establecido en el artículo 162 del Código Civil sobre representación legal de los hijos.

El Principado de Asturias está pasivamente legitimado en cuanto titular de los servicios frente a los que se formula reclamación.

TERCERA.- En cuanto al plazo de prescripción, el artículo 67.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPAC), dispone que “El derecho a reclamar prescribirá al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o se manifieste su efecto lesivo. En caso de daños de carácter físico o psíquico a las personas, el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas”. En el supuesto ahora examinado, la reclamación se presenta con fecha 4 de febrero de 2019, habiéndose producido el deceso que da lugar a la misma el día 3 de diciembre de 2018, por lo que es claro que ha sido formulada dentro del plazo de un año legalmente determinado.

CUARTA.- El procedimiento administrativo aplicable en la tramitación de la reclamación se rige por las disposiciones sobre el procedimiento administrativo común recogidas en el título IV de la LPAC, teniendo en cuenta las especificidades previstas en materia de responsabilidad patrimonial en los artículos 65, 67, 81, 91 y 92 de dicha Ley.

En aplicación de la normativa citada, se han cumplido los trámites fundamentales de incorporación de informe de los servicios afectados, audiencia con vista del expediente y propuesta de resolución.

Sin embargo, se observa que a la fecha de entrada de la solicitud de dictamen en este Consejo Consultivo se había rebasado ya el plazo de seis meses para adoptar y notificar la resolución expresa, establecido en el artículo

91.3 de la LPAC. No obstante, ello no impide que esta se adopte, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 21 y 24.3, letra b), de la referida Ley.

QUINTA.- El artículo 106.2 de la Constitución dispone que “Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”.

A su vez, el artículo 32 de la LRJSP establece en su apartado 1 que “Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la ley”. Y, en su apartado 2, que “En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas”.

Por otra parte, el artículo 34 de la ley citada dispone en su apartado 1 que “Solo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley. No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos”.

Este derecho no implica, sin embargo, que la Administración tenga el deber de responder, sin más, por todo daño que puedan sufrir los particulares, sino que, para que proceda la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, deberán darse los requisitos que legalmente la caracterizan, analizando las circunstancias concurrentes en cada caso.

En efecto, en aplicación de la citada normativa legal y atendida la jurisprudencia del Tribunal Supremo, para declarar la responsabilidad

patrimonial de la Administración Pública será necesario que, no habiendo transcurrido el plazo de prescripción, concurren, al menos, los siguientes requisitos: a) la efectiva realización de una lesión o daño antijurídico, evaluable económicamente e individualizado en relación con una persona o grupo de personas; b) que la lesión patrimonial sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos; y c) que no sea producto de fuerza mayor.

SEXTA.- Presentan los interesados -esposa e hijos del fallecido- una reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños derivados del óbito de su familiar, que consideran causado por la perforación esofágica que sufrió cuando se sometía a una exploración endoscópica.

Constando el hecho del fallecimiento en el curso de la atención médica dispensada, hemos de presumir la existencia de un daño moral en los allegados que ahora reclaman. No obstante, sorprende la cuantía en la que cifran el padecimiento que se reprocha al servicio sanitario (100.000 € para cada reclamante), teniendo en cuenta que la técnica endoscópica se dirigía al alivio sintomático del paciente como tratamiento paliativo de quien sufre un tumor de esófago irreseccable que invadía ya el árbol bronquial y la aorta, interfiriendo muy significativamente en su calidad de vida (la estenosis tumoral impedía el paso del alimento), y los profesionales sanitarios acometieron la intervención a pesar de la gravedad de la clínica del enfermo.

En todo caso, como venimos manifestando reiteradamente en el ejercicio de la función consultiva en este ámbito, la mera constatación de un perjuicio surgido en el curso de la actividad del servicio público sanitario no implica, sin más, la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración, pues ha de probarse que el daño alegado tiene un nexo causal inmediato y directo con el funcionamiento de aquel servicio.

Como ya ha tenido ocasión de señalar este Consejo Consultivo (por todos, Dictamen Núm. 25/2019), el servicio público sanitario debe siempre procurar la curación del paciente, lo que constituye básicamente una obligación de medios y no una obligación de resultado, por lo que no puede

imputarse, sin más, a la Administración sanitaria cualquier daño que sufra el paciente con ocasión de la atención recibida, o la falta de curación, siempre que la práctica médica aplicada se revele correcta con arreglo al estado actual de conocimientos y técnicas disponibles.

El criterio clásico reiteradamente utilizado para efectuar este juicio imprescindible, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, responde a lo que se conoce como *lex artis*, que nada tiene que ver con la garantía de obtención de resultados favorables en relación con la salud del paciente.

Por tanto, para apreciar que el daño alegado por los reclamantes es jurídicamente consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario hay que valorar si se respetó la *lex artis ad hoc*. Entendemos por tal, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina del Consejo de Estado, aquel criterio valorativo de la corrección de un concreto acto médico ejecutado por profesionales de la medicina -ciencia o arte médica- que tiene en cuenta las especiales características de quien lo realiza y de la profesión que ejerce, la complejidad y trascendencia vital del acto para el paciente y, en su caso, la influencia de otros factores -tales como el estado e intervención del enfermo, de sus familiares o de la organización sanitaria en que se desarrolla- para calificar dicho acto de conforme o no con la técnica normal requerida.

También es criterio de este Consejo (entre otros, Dictámenes Núm. 246/2017 y 285/2019) que corresponde a quien reclama la prueba de todos los hechos constitutivos de la obligación cuya existencia alega, salvo en aquellos casos en que el daño es desproporcionado y denota por sí mismo un componente de culpabilidad (*res ipsa loquitur* o regla de la *faute virtuelle*). Fuera de esos supuestos, tiene la carga de acreditar que se ha producido una violación de la *lex artis* médica y que esta ha causado de forma directa e inmediata los daños y perjuicios cuya indemnización reclama.

En el supuesto examinado, el daño resarcible deriva del hecho del fallecimiento del paciente, por lo que los reclamantes han de acreditar tanto el reproche culpabilístico como el engarce fáctico entre el tratamiento dispensado y la muerte del ser querido.

En torno a este último extremo, los interesados se limitan a efectuar una afirmación apodíctica sobre la causa del fallecimiento, sosteniendo -sin soporte pericial alguno- que la hemorragia masiva que lo provocó fue consecuencia de la perforación del esófago en el curso de una dilatación endoscópica. Sin embargo, las periciales obrantes en las actuaciones dejan de manifiesto que la patología de base del enfermo -un cáncer irreseccable de esófago con afectación de aorta y bronquio izquierdo, en progresión tumoral- era idónea *per se* para desencadenar la hemorragia, y fue con alta probabilidad su causa. Consta además que el paciente sufrió una parada cardiorrespiratoria cuando se le practicaba una endoscopia emergente para intentar controlar el punto de sangrado. Con relación a estos extremos, el especialista en Aparato Digestivo advierte que las neoplasias esofágicas presentan por sí mismas clínicas de hematemesis, reparando en que desde hace meses el tumor invadía los vasos sanguíneos en las estructuras mediastínicas que circundan el esófago. La Responsable del Servicio de Cirugía General descarta más decididamente la lesión traumática y apunta a la progresión del tumor; en concreto, señala que “la rotura de la aorta invadida” a consecuencia del “crecimiento en el mediastino del cáncer de esófago” fue “muy probablemente” la causa de la hemorragia masiva. En análogo sentido se manifiestan el perito que informa a instancias de la compañía aseguradora y el técnico que rubrica la propuesta de resolución. Ahora bien, cuando los propios especialistas no alcanzan a aislar con certeza la causa mediata de la muerte no cabe excluir el resarcimiento por la falta de prueba sobre este extremo, sin perjuicio de que la imputación probabilística deba ponderarse en la eventual indemnización.

En lo que atañe a la praxis médica, los reclamantes cuestionan la indicación misma de la endoscopia y alegan que la lesión esofágica no se hubiera producido de haber obrado con “mayor diligencia en la realización de esa prueba”, sosteniendo también que no debió llevarse a cabo de forma ambulatoria sino mediante ingreso hospitalario.

Respecto a la procedencia de la gastroscopia, aducen que “no se debía haber realizado si previamente se hubieran sopesado los riesgos que

acarreaba, que desde luego eran superiores a los beneficios que podía generar, como finalmente ocurrió”. Este alegato, vertido sin soporte pericial alguno ni apoyo en literatura médica, no puede admitirse en la medida en que consta que los facultativos ponderan puntualmente los riesgos de la intervención, que el paciente asume con la firma del consentimiento informado, y que la operación que se practica -que ya se había realizado en ocasiones anteriores- perseguía un alivio sintomático ante la existencia de una estenosis de etiología tumoral que impedía el paso de alimento. Sin embargo, la escueta argumentación de los reclamantes, que orilla la precaria calidad de vida del enfermo y que la estenosis tumoral le impedía alimentarse, desprovista de todo soporte pericial, encierra además un juicio *ex post facto*, a la luz del desarrollo posterior de los hechos, cuando lo procedente es “un juicio *ex ante* (...) en función de los datos y circunstancias conocidas en ese momento” para valorar si las decisiones fueron correctas (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias de 16 de marzo de 2009 -ECLI:ES:TSJAS:2009:1386- (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª).

En cuanto a la invocada negligencia en la ejecución de la dilatación endoscópica, los interesados también acuden a una imputación genérica de mala praxis sin ulterior concreción ni soporte pericial, y tampoco citan literatura médica al respecto, por lo que sus afirmaciones no pueden prevalecer frente al criterio de los peritos informantes, que no aprecian infracción alguna de la *lex artis*.

Sobre la postrera alegación relativa a la necesidad de practicar la gastroscopia mediante ingreso hospitalario y no de forma ambulatoria, procede reiterar que el especialista en Aparato Digestivo razona que “se realizó en régimen ambulatorio al no existir datos clínicos que indicasen la necesidad de hospitalización”, y frente a ese criterio técnico no pueden prevalecer las meras aseveraciones de los interesados, que se vierten de nuevo desprovistas de soporte pericial o argumental más allá del juicio *ex post facto*. Tampoco se justifica que el desenlace hubiera sido otro de haber permanecido el paciente hospitalizado, pues el episodio de sangrado masivo

sobreviene cuando el enfermo lleva más de veinte días ingresado. Consta además que la opción de practicar la intervención de forma ambulatoria se recoge en el documento de consentimiento informado para la realización de dilatación esofágica, firmado por el paciente, debiendo concluirse que conoció con antelación el modo en que se procedía y asumió los riesgos inherentes.

Se denuncia, por último, que la eventualidad de la perforación esofágica “no fue explicada al paciente en la debida forma, ya que el mismo (...) no se encontraba en absoluto en condiciones de comprender lo que firmaba”, y que el consentimiento rubricado “es para una dilatación y no para una gastroscopia”.

Al respecto debemos recordar que, tal y como viene señalando este Consejo (por todos, Dictamen Núm. 26/2017), “el consentimiento informado, como ha puesto de relieve la Sentencia del Tribunal Constitucional 37/2011, de 28 de marzo, constituye una manifestación de la facultad de autodeterminación del paciente -facultad inherente a su derecho fundamental a la integridad física (artículo 15 de la Constitución)-, de modo que el daño moral que se anudaría a la insuficiencia de la información suministrada al paciente y la antijuridicidad de las lesiones producidas cuando falta el consentimiento informado originan un derecho que solo este puede invocar”.

En el supuesto que nos ocupa no es cierto que el paciente ignorara los riesgos que la intervención comportaba, entre los que constaba expresamente la posibilidad de hemorragia y perforación, y además es evidente que la invocada deficiencia del consentimiento informado no guarda relación con el perjuicio alegado por los reclamantes, ceñido al daño moral derivado de la pérdida de su familiar.

En efecto, se repara en que los reclamantes alegan un daño moral propio con base en la insuficiencia del consentimiento informado para la intervención realizada al fallecido, lo que no es admisible, ya que el daño moral derivado de ello es personalísimo y se causa al paciente y no a sus familiares. No se constata que el enfermo no se hallara “en condiciones de comprender lo que firmaba”, tal como aducen, sin que esa discapacidad pueda presumirse por el hecho de su precariedad física o por su mera invocación. No

cabe, por tanto, entender que el ámbito de decisión menoscabado fuera el de los familiares, cuyo perjuicio queda reducido a la desazón que pueda provocarles la doble creencia de que en caso de haberse proporcionado otra información el paciente hubiera reconsiderado su decisión y que su curso clínico -pese al tumor irreseccable y la disfagia que obstaculizaba la ingesta de alimentos y el paso del endoscopio- hubiera sido significativamente más favorable. Ese padecimiento moral, anudado a una hipótesis compleja carece, a juicio de este Consejo, de un soporte objetivo consistente, pues no puede ignorarse que la posibilidad de que el enfermo se hubiera sustraído a la intervención era remota, constando que ya se había sometido anteriormente a tres cirugías endoscópicas para el tratamiento de su patología, y que esta degradaba severamente ahora su calidad de vida.

Tampoco se objetivan deficiencias en la información suministrada. El documento de consentimiento informado incluye entre los riesgos típicos el de "perforación" y "un mínimo riesgo de mortalidad", no siendo el primero que el paciente firmaba para la práctica de una endoscopia. Respecto al título que lo encabeza, el técnico que suscribe la propuesta de resolución aclara oportunamente que "la dilatación esofágica es una técnica que se realiza con control endoscópico (de imagen) mediante un fibroscopio cuya longitud permite llegar hasta el estómago, por lo que se le denomina gastroscopia, y por ende en sentido genérico el procedimiento es denominado como gastroscopia"; de ahí que el consentimiento se refiera a la "dilatación esofágica", que es la finalidad perseguida y "lleva inherente un medio de realización y control endoscópico (de imagen), que sería el referido de gastroscopia".

En definitiva, no se acredita infracción alguna de la *lex artis ad hoc* a lo largo del proceso asistencial, y el fatal desenlace se revela consecuencia de la grave patología de base en un alto grado de probabilidad, observándose que el daño inherente a la perforación esofágica tampoco sería antijurídico al haber sido asumido por el paciente mediante la firma del consentimiento informado

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que no procede declarar la responsabilidad patrimonial solicitada y, en consecuencia, debe desestimarse la reclamación presentada por

V. E., no obstante, resolverá lo que estime más acertado.

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

LA PRESIDENTA,

EXCMO. SR. PRESIDENTE DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS.