

En Logroño, a 15 de septiembre de 2022, el Consejo Consultivo de La Rioja, reunido en su sede, con asistencia de su Presidente, D. José Ignacio Pérez Sáenz, y de los Consejeros, D. José María Cid Monreal, D. Enrique de la Iglesia Palacios, D<sup>a</sup> María Amelia Pascual Medrano y D<sup>a</sup> Ana Reboiro M.Z., así como del Letrado-Secretario General, D. Ignacio Serrano Blanco, y siendo ponente D. José María Cid Monreal emite, por unanimidad, el siguiente

## **DICTAMEN**

**45/22**

Correspondiente a la consulta formulada por la Excm. Sra. Consejera de Salud del Gobierno de La Rioja, en relación con el procedimiento administrativo de *responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria promovido por diagnóstico tardío de un cáncer de esófago en grado avanzado, causado a D. J.A.Z.M. y que valora en 219.084,94 euros.*

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

### **Antecedentes del asunto**

#### **Primero**

En fecha 15 de julio de 2021, tiene su entrada en el registro auxiliar de la Consejería de Salud y Portavocía del Gobierno, escrito de reclamación de daños y perjuicios por responsabilidad patrimonial de la Administración remitido mediante correo certificado en fecha 9 de julio de 2021, presentado por la Abogada D<sup>a</sup> E.M.Z.A., que dice actuar en nombre de D. J.A.Z.M., en virtud de apoderamiento *apud acta*, que no consta al menos en el expediente que nos ha sido remitido. Se reclama por la defectuosa asistencia prestada en el Centro de Salud Gonzalo de Berceo y en el Servicio de Digestivo del Hospital San Pedro, al no priorizar y rechazar la realización de una gastroscopia en un paciente de riesgo al que se le detectó posteriormente un cáncer de esófago en grado avanzado. De su contenido, se desprende el siguiente relato de hechos:

*-El perjudicado es nacido el 16-04-1965. Al momento de comienzo de los hechos que es la petición de su MAP el 13-11-2019 tiene 54 años de edad. En la fecha de diagnostico correcto es el 14-05-2020 ya cuenta con 55.*

*-Por presentar patología consistente en Esófago de Barret, el paciente tiene pautado seguimiento anual por el Servicio de Digestivo del Hospital San Pedro de Logroño. La última gastroscopia libre*

de enfermedad se la realizan el 12-03-2019, mencionándose específicamente la ausencia de NEOPLASIA.

-En cumplimiento de su deber de autocuidado del perjudicado comunica a su médico de cabecera del CS GONZALO DE BERCEO de Logroño, el 13-11-2019 que padece de “regurgitaciones y dolores retroesternal” así como DISFAGIA. Su médico de cabecera cursa dos peticiones, una el 13-11-2019 y otra el 18-11-2019 con pronóstico de ESÓFAGO GASTRODUODENAL y prioridad NORMAL.

-Parece que ninguna se llega a cursar y por insistencia del paciente, se le atiende en consultas externas realizando una prueba de tránsito esofagogastroduodenal el 22-01-2020 en el Servicio de Digestivo del Hospital San Pedro de Logroño, que es negativa para patología. Pese a que comunica un empeoramiento de la sintomatología, ni se corrige la pauta por parte de este servicio especializado ni se plantean realizar otras pruebas complementarias.

-El Sr. Z.M.  
, vuelve a su MAP para solicitar una gastroscopia el 24-01-2020.

-Nuevamente se intenta la petición el 04-02-2021, enviándosela a casa el rechazo específico por digestivo a 06-02-2021 indicando que ya se le ha dicho que no se le va a practicar ninguna gastroscopia hasta dentro de tres años, a contar desde la última.

-El 23-02-2020 acude a PUR apreciándose un aumento de la sintomatología y en especial “hiporexia con pérdida de peso de 6 kgr en tres meses”. En urgencias realizan interconsulta con Digestivo que les informe de que consideran “revisión endoscópica cada tres años”.

Aunque se diagnostica “Posible espasmo esofágico en paciente con E.Barret”, recomendándose “solicitud de manometría por su MAP y nueva ITC a Digestivo”.

#### **Pedía otra vez la Gastroscopia vuelven a denegarla.**

-Finalmente, el paciente cambia de Médico de cabecera quien le realiza una petición de gastroscopia de manera prioritaria. Finalmente, se le realiza la gastroscopia el 7 de mayo de 2020, encontrándose un tumor largo.

Pasa a control por ONCOLOGÍA el 1 de junio de 2020. El estadio no está claro pero comienzan a dar quimioterapia para reducción del tumor. Pasa varios escáneres en junio, julio y agosto, no siendo ninguno determinante, de manera que ingresa en septiembre para toracocentesis exploradora, decidiéndose a primeros de octubre, que se le practicará una gastrostomía para poder alimentarse. Esta decisión se toma el 02-10-2020 y se procede a ello el 14-10-2020.

-El INSS le reconoce la situación de incapacidad permanente para todo trabajo el 09-06-2021.

#### **-Cuantificación de la presente reclamación.**

1) Lesiones temporales. Tiempo desde producción del daño hasta instauración de la secuela. Tabla 3ª.

-Días de perjuicio personal básico: 13-11-2019 al 14-05-2020, un total de 183 días a 31,33 euros = 5.733,39 euros.

*-Días de perjuicio personal grave: 15-05-2020 al 02-10-2020, un total de 140 días a 78,31 euros = 10.963,40 euros.*

*Primer subtotal: 16.696,79 euros.*

*Se toma esta última decisión en atención a los ingresos para pruebas, administración de tratamiento de quimioterapia, ingreso para cirugía exploradora y colocación de gastrostomía.*

2) *Secuelas (Tabla 2.A):*

*Físicas:*

*Cod. 06001: Trastorno función motora esofágica (colocación de PEG)= 20 puntos.*

*Cod. 06003: Fístula esófago traqueal sin posibilidad de reparación quirúrgica = 35 puntos.*

*Artículo 98: fórmula para secuelas concurrentes:  $[(100 - M) \times m]/100 + M = [(100 - 35) \times 20]/100 + M = 48.$*

*Puntuación correspondiente a 55 años: 87.221,95 euros.*

*Perjuicio estético moderado: Arts. 101 – 103, tabla 2.A.2.: 14 puntos.*

*Puntuación correspondiente a 55 años (perjuicio estético) = 13.566,20 euros.*

*Segundo subtotal: 100.788,15 euros.*

*Psíquicas:*

*Daños morales por pérdida de calidad de vida (arts. 107 y 108, Tabla 28).*

*Perjuicio grave: horquilla que va desde 40.000 – 100.000 euros.*

*En atención a la edad y la pérdida de su capacidad laboral al haber sido declarado en situación de incapacidad permanente absoluta. Tercer subtotal: 100.000 euros.*

3) *Daños Patrimoniales. Tabla 3C.*

*Dos ingresos:*

*-Toracocentesis exploradora: 800 euros*

*-Colocación de gastrostomía: 800 euros*

*Cuarto subtotal: 1.600 euros*

***TOTAL: 219.084,94 euros (DOSCIENTOS DIECINUEVE CON OCHENTA Y CUATRO EUROS Y NOVENTA Y CUATRO CÉNTIMOS DE EUROS).***

El escrito de reclamación va acompañado de prueba documental relativa a la asistencia prestada al reclamante. Igualmente se solicita practica de prueba testifical, sin

que se designen a los testigos que se interesa que declaren, y pericial oncológica, que tampoco aparece articulada de modo alguno.

### **Segundo**

En fecha 19 de julio de 2021, se dicta Resolución en la que se indica que se tiene por iniciado procedimiento general de responsabilidad patrimonial, nombrándose instructor del mismo, comunicándose, en la misma fecha, igualmente al reclamante, a través de su Abogada, diversa información relativa a la instrucción. Debemos reiterar que en el expediente no consta documentación alguna que acredite la representación que dice ostentar la Letrado S<sup>a</sup> M.Z. por lo que debiera, antes de la admisión a trámite de la reclamación, haberse exigido su acreditación.

Con independencia de lo indicado, hay que señalar que, previamente, se dio traslado de la reclamación a la aseguradora del Servicio Riojano de Salud, a través de la Correduría de Seguros.

### **Tercero**

En la misma fecha, se requiere a la Dirección del Área de Salud de La Rioja Hospital San Pedro, cuantos antecedentes existan de la atención prestada al reclamante, la historia clínica del mismo, en lo relativo a la asistencia objeto de la reclamación formulada y en particular el informe de los facultativos que le atendieron sobre la asistencia dispensada.

La citada documentación consta a continuación en el expediente administrativo.

### **Cuarto**

A continuación, consta en el expediente el informe de P. de fecha 5 de noviembre de 2021 en el que figuran las siguientes:

#### *CONCLUSIONES GENERALES:*

- 1. La gastroscopia constituye la técnica de elección para el diagnóstico de los tumores esofágicos, por lo que tener una gastroscopia tan reciente y con biopsias esofágicas negativas para displasia hacían impensable la presencia de un tumor.*
- 2. Dado el tamaño del esófago de Barrett descrito en la endoscopia y las características histológicas, lo adecuado según las guías de práctica clínica Europeas vigentes era repetir la gastroscopia en plazo de 3 años como se había recomendado.*
- 3. Además, la sintomatología que presentaba inicialmente el paciente (Regurgitaciones, dolor torácico, etc.) podían justificarse tanto como por el propio esófago de Barrett como por trastornos de la motilidad esofágicos.*

4. *En cuanto apareció el primer criterio de alarma (pérdida de peso) se solicitó gastroscopia que se realizó en plazo precoz.*
5. *Una vez se realizó el diagnóstico del tumor esofágico, el paciente ha sido valorado por equipo multidisciplinar, se ha realizado estudio de extensión y ha recibido el tratamiento adecuado para su patología.*

#### *CONCLUSIÓN FINAL*

*Por tanto, revisada toda la historia clínica y toda la documentación aportada, con la información de la que se dispone, se puede decir que el sistema riojano de salud dispuso de los recursos técnicos y humanos necesarios para el manejo clínico de Don J.A. pesar de lo cual el paciente ha padecido un tumor esofágico metastásico incurable, no hallándose indicios de conducta negligente ni mala praxis por parte del personal asistencial.*

### **Quinto**

A continuación, figura en el expediente el informe correspondiente por la Inspección Médica, que se emite en fecha 3 de febrero de 2022 en el que se hacen constar las siguientes:

#### *CONCLUSIONES. -*

*1. En el escrito de reclamación presentado por la representante legal de D. J.A.Z. existen algunas afirmaciones que no pueden considerarse precisas, considerando los datos objetivos recogidos en la historia clínica, las cuales es conveniente aclarar.*

*Punto segundo del apartado hechos: Independientemente de que el paciente tuviese pautado seguimiento anual por parte del Servicio de Digestivo del Hospital San Pedro, dados los resultados de Anatomía Patológica de las biopsias que se le realizaron desde el año 2005, en los que no se identificó displasia en las muestras analizadas y de acuerdo con los criterios de las guías clínicas, ya expuestos, no estaba indicada la realización de gastroscopia con periodicidad anual.*

*El documento 2 y 3 a los que alude, no son documentos diferentes, se trata del mismo (misma fecha, hora, contenido), tratándose de la solicitud de Tránsito esofagogastroduodenal realizada por el médico de Atención Primaria el día 18/11/2019. Dicha solicitud se cursó y se realizó la prueba el 20/01/2020. No consta en la historia clínica que se realizase ninguna petición de prueba complementaria/interconsulta el día 13/11/2019.*

*Punto tercero del apartado hechos: El día 23/02/2020, en el Servicio de Urgencias del Hospital San Pedro, no consta en la historia clínica que se solicitara la realización de una gastroscopia, ni una interconsulta al Servicio Digestivo, sino que como resultado de la revisión de la Historia Clínica del paciente, como consta en el apartado evolución, se comprobó que desde Atención Primaria se había realizado interconsulta al Servicio de Digestivo y como respuesta a dicha interconsulta desde el Servicio de Digestivo se indicó revisión endoscópica cada tres años.*

*Punto cuarto del apartado hechos: Mediante la gastroscopia que se le realizó al paciente el día 07/05/2020 se le diagnosticó de Esófago de Barret largo con probable degeneración maligna, el*

*diagnóstico no fue “tumor largo”. El diagnóstico de Esófago de Barrett largo ya era conocido desde la gastroscopia que se le realizó al paciente en 2005 y es un concepto que se relaciona con la longitud de la lesión compatible con Esófago de Barrett identificada mediante la exploración endoscópica.*

*2. El seguimiento de la patología de D. J.A.Z. realizado en el Servicio de Digestivo del Hospital San Pedro, desde su diagnóstico en 2005, hasta la revisión realizada en marzo de 2019, que diagnosticó Esófago de Barrett, con anatomía patológica sin displasia, se ajustó a lo establecido en las guías clínicas, en cuanto a técnicas y periodicidad.*

*3. Valoradas retrospectivamente por radiólogos del servicio de Radiología del Hospital San Pedro, las imágenes de sendos estudios de tránsito esófago gastroduodenal realizados al paciente, se determinó que la alteración difusa del peristaltismo y de la pared del esófago, compatible con posible afectación neoplásica, informada y visualizada en el estudio del 27 de mayo de 2020, no estaba presente en el estudio del 22 de enero de 2020, disponiendo de proyecciones similares en ambos estudios.*

*4. Considerando el resultado de las pruebas diagnósticas realizadas al paciente en la revisión de marzo de 2019 en el Servicio de Digestivo del Hospital San Pedro, así como del tránsito esofagogastroduodenal que se realizó el 22 de enero de 2020 y la sintomatología inicial que presentó, la actuación de los facultativos del Servicio de Digestivo del Hospital San Pedro puede considerarse ajustada a lo establecido en las guías de la práctica clínica aplicables a la patología que presentaba D. J.A.Z..*

*5. Informado el Servicio de Digestivo de la aparición de síntomas de alarma (disfagia y pérdida de peso) se iniciaron de forma inmediata las actuaciones dirigidas al diagnóstico y tratamiento de D. J.A.Z., de acuerdo a las especificaciones de guías clínicas.*

*6. Considerando los datos recogidos en la historia clínica de D. J.A.Z., los informes solicitados y la bibliografía científica consultada, la actuación de los profesionales del Servicio Riojano de Salud, de los ámbitos de Atención Primaria y Especializada, que intervinieron en el proceso asistencial a que hace referencia la reclamación de responsabilidad patrimonial presentada, puede considerarse ajustada a la Lex artis ad hoc.*

## **Séptimo**

Notificado el trámite de audiencia a la abogada del reclamante (registro de salida del trámite de audiencia el 4 de febrero de 2022 y el acuse de recibo firmado por la esposa el 11 de febrero de 2022), por esta se presenta escrito de fecha 4 de marzo de 2022, remitido por correo certificado que tiene su entrada en el registro auxiliar de la Consejería consultante el 10 de marzo de 2022, y en el que se hace constar en primer lugar que el Sr. Z.M. falleció el día 4 de febrero de 2022, y que tanto la viuda, como la hija común, se subrogarán como herederas en el crédito que pudiera corresponder al fallecido y se ampliará la reclamación a ellas como perjudicadas por la muerte de su familiar.

Sin embargo, tampoco a este particular consta documentación que acredite el hecho de la aceptación de la herencia por las indicadas Señoras, pues solamente se ha aportado la certificación de defunción. Por lo tanto, y con independencia de cual sea el sentido de

la resolución que se adopte, con carácter previo a dictar la misma, deberá requerirse a las indicadas personas para que acrediten la aceptación de la herencia de D. J.A.Z.M., por un lado; y la representación concedida a la Abogada D<sup>a</sup> E.M.Z.A., por otro.

### **Octavo**

En fecha 12 de abril de 2022, se notifica a la Letrada, el cambio de instructor con motivo en la prolongada ausencia, debidamente justificada, aunque no consten los motivos, de la ausencia del inicialmente designado.

### **Noveno**

En fecha 19 de abril de 2022, se formula, por el Instructor, propuesta de resolución, que desestima la reclamación por considerar no ser imputable el perjuicio alegado, cuya reparación se solicita, al funcionamiento de los Servicios Públicos Sanitarios.

### **Noveno**

Dicha propuesta es informada favorablemente por los Servicios Jurídicos en fecha 29 de abril de 2022.

## **Antecedentes de la consulta**

### **Primero**

Por escrito firmado, enviado y registrado de salida electrónicamente con fecha 8 de agosto de 2022, y registrado de entrada en este Consejo el 9 de agosto de 2022, la Excm. Sra. Consejera de Salud del Gobierno de La Rioja, remitió al Consejo Consultivo de La Rioja, para dictamen, el expediente tramitado sobre el asunto referido.

### **Segundo**

El Sr. Presidente del Consejo Consultivo de La Rioja, mediante escrito firmado, enviado y registrado de salida electrónicamente el 10 de agosto de 2022, procedió, en nombre de dicho Consejo, a acusar recibo de la consulta, a declarar provisionalmente la misma bien efectuada, así como a apreciar la competencia del Consejo para evacuarla en forma de dictamen.

### **Tercero**

Asignada la ponencia al Consejero señalado en el encabezamiento, la correspondiente ponencia quedó incluida, para debate y votación, en el orden del día de la sesión del Consejo Consultivo convocada para la fecha allí mismo indicada.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

### **Primero**

#### **Necesidad del Dictamen del Consejo Consultivo**

1. A tenor de lo dispuesto en el art. 81.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas (LPAC'15), cuando las indemnizaciones reclamadas sean de cuantía igual o superior a 50.000 euros o a la que se establezca en la correspondiente legislación autonómica, así como en aquellos casos que disponga la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado, será preceptivo solicitar dictamen del Consejo de Estado o, en su caso, del órgano consultivo de la Comunidad Autónoma.

En el caso de la Comunidad Autónoma de La Rioja, el art. 11 -g) de la Ley 3/2001, de 31 de mayo, del Consejo Consultivo de La Rioja, en la redacción dada por la Ley 7/2011, de 22 de diciembre, remite a la normativa reguladora de los procedimientos de responsabilidad patrimonial, legislación estatal, para la determinación del carácter preceptivo de los dictámenes. Por aplicación de dicha normativa, el dictamen será preceptivo cuando la indemnización reclamada sea de cuantía igual o superior a 50.000 euros, a partir de la entrada en vigor de la citada Ley 7/2011. Por lo tanto y reclamándose en este caso una cantidad de 219.084,94 euros, nuestro dictamen resulta ser preceptivo.

2. En cuanto al contenido del dictamen, el párrafo final del citado art. 81 LPAC'15 dispone que aquél deberá pronunciarse sobre la existencia o no de relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y la lesión producida y, en su caso, sobre la valoración del daño causado y la cuantía y modo de la indemnización de acuerdo con los criterios establecidos en la referida LPAC'15.

### **Segundo**

#### **Sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración**

1. Nuestro ordenamiento jurídico (art. 106.2 CE y 32.1 y 34.1 LSP'15 y 65, 67, 81 y 91.2 LPAC'15) reconoce a los particulares el derecho a ser indemnizados de 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 normal o anormal de los servicios públicos, entendido como cualquier hecho o actuación enmarcada dentro de la gestión pública, sea lícito o ilícito, siendo necesario para declarar tal responsabilidad que la parte reclamante acredite la efectividad de un daño material, individualizado y evaluable económicamente, que no esté jurídicamente obligado a soportar el administrado y debiendo existir una relación de causa a efecto directa e inmediata, además de suficiente, entre la actuación (acción u omisión) administrativa y el resultado dañoso para que la responsabilidad de éste resulte imputable a la Administración, así, como, finalmente que ejercite su derecho a reclamar en el plazo legal de un año, contado desde la producción del hecho o acto que motive la indemnización o desde la manifestación de su efecto lesivo.

Se trata de un sistema de responsabilidad objetiva y no culpabilístico que, sin embargo, no constituye una suerte de “seguro a todo riesgo” para los particulares que, de cualquier modo, se vean afectados por la actuación administrativa. En efecto, el vigente sistema de responsabilidad patrimonial objetiva no convierte a las Administraciones Públicas en aseguradoras universales de todos los riesgos con el fin de prevenir cualquier eventualidad desfavorable o dañosa para los administrados, derivada de la actividad tan heterogénea de las Administraciones Públicas.

Lo anterior es también predicable para la responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria, si bien en estos casos, la obligación del profesional médico y la administración sanitaria es una obligación de medios y no de resultado, de manera que, en principio, cuando se actúe de acuerdo con la *lex artis*, los daños no le pueden ser imputados a la Administración, o lo que es lo mismo, no tendrían la condición de antijurídicos, so pena de incurrir en el despropósito que supondría el exigir a la administración que garantice siempre la curación de los pacientes.

Como venimos indicando con reiteración al dictaminar sobre responsabilidad patrimonial de la Administración, cualquiera que sea el ámbito de su actividad en que se manifieste ésta, lo primero que inexcusablemente debe analizarse en estos expedientes es lo que hemos llamado la relación de causalidad en sentido estricto, esto es, la determinación, libre de conceptos jurídicos, de cuáles son las causas que objetivamente explican que un concreto resultado dañoso haya tenido lugar. Para detectar tales causas el criterio por el que hay que guiarse no puede ser otro que el de la *condicio sine qua non*, conforme al cual un determinado hecho o conducta ha de ser considerado causa de un resultado dañoso cuando, suprimido mentalmente tal hecho o conducta, se alcance la conclusión de que dicho resultado, en su configuración concreta, no habría tenido lugar.

Sólo una vez determinada la existencia de relación de causalidad en este estricto sentido y aisladas, por tanto, la causa o causas de un concreto resultado dañoso, resulta posible entrar en la apreciación de si concurre o no el criterio positivo de imputación del que se sirva la ley para hacer responder del daño a la Administración, que no es otro que el del funcionamiento normal o anormal de un servicio público a su cargo, y de si concurren o no criterios negativos de esa imputación, esto es, de alguno de los que, expresa o tácitamente, se sirva la ley para negar esa responsabilidad en los casos concretos.

### Tercero

#### **Sobre la existencia o no de Responsabilidad en el presente caso.**

1. Este Consejo ha reiterado, en buen número de dictámenes que, en las reclamaciones de responsabilidad patrimonial, recae sobre el reclamante la obligación de probar los hechos sobre los que fundamenta sus pretensiones indemnizatorias, sin que sirvan las meras manifestaciones de parte. En este sentido se pronuncia, entre otras, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja número 206/2008, de 12 de septiembre, que, en relación con los principios generales de distribución de la carga de la prueba, recuerda que:

*“En aplicación de la remisión normativa establecida en los artículos 74.4 y Disposición Adicional Sexta de la Ley Jurisdiccional de 1956 (artículo 60.4 de la vigente Ley 29/1998, de 13 de julio), rige en el proceso contencioso-administrativo el principio general, inferido del artículo 1.214 de Código Civil, que atribuye la carga de la prueba a aquél que sostiene el hecho ("semper necesitas probandi incumbit illi qui agit"), así como los principios consecuentes recogidos en los brocardos que atribuyen la carga de la prueba a la parte que afirma, no a la que niega ("ei incumbit probatio qui dicit non qui negat") y que excluye de la necesidad de probar los hechos notorios ("notoria non egent probatione") y los hechos negativos ("negativa non sunt probanda"). En cuya virtud, 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 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 T.S. 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 setiembre de 1997, 21 de setiembre de 1998). 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 TS (3ª) de 29 de enero, 5 de febrero y 19 de febrero de 1990, y 2 de noviembre de 1992, entre otras). En consecuencia, es a la parte demandante a quien corresponde, en principio, la carga de la prueba sobre las cuestiones de hecho determinantes de la existencia, de la antijuridicidad, del alcance y de la valoración económica de la lesión, así como del sustrato fáctico de la relación de causalidad que permita la imputación de la responsabilidad a la Administración”.*

2. En el caso concreto que ahora dictaminamos no hay prueba alguna de que la atención haya infringido en modo alguno la *lex artis ad hoc*. Por el contrario, en el expediente constan informes médicos que rechazan de pleno una mala praxis de los profesionales sanitarios, indicando que la actuación médica fue adecuada. Nos encontramos ante una falta de actividad probatoria por parte del reclamante, mientras que obran en el expediente, además del Informe de Inspección y el pericial emitido a instancia de la Aseguradora, informe de alguno de los facultativos intervinientes en la asistencia prestada por los servicios públicos sanitarios al interesado. Frente al juicio técnico contenido en los referidos informes, y a pesar de que pudieran cuestionarse por la posibilidad de ser considerados como informes de parte, no pueden gozar de eficacia enervante las manifestaciones del reclamante que, siendo también de parte, están realizadas por quien carece de la cualificación científica necesaria para enjuiciar cualquier proceso médico.

3. Como hemos tenido ocasión de señalar en dictámenes anteriores, aun cuando el daño o secuela sea real y consecuencia de la actividad sanitaria (relación de causalidad en sentido estricto), sería preciso analizar, por ser tema distinto, si concurre un criterio positivo de imputación a la Administración sanitaria de la responsabilidad de resarcir el daño. Criterio que no puede ser otro que el de la infracción de la *lex artis*, por tratarse la obligación del profesional médico y de la Administración sanitaria, como se ha reiterado hasta la saciedad, de “una obligación de medios y no de resultado, de manera que, en principio, cuando se actúe de acuerdo con la *lex artis*, los daños no le pueden ser imputados a la Administración”. Como recuerda la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de julio de 2007:

*“Cuando se trata de reclamaciones derivadas de la actuación médica o sanitaria, la jurisprudencia viene declarando que no resulta suficiente la existencia de una lesión (que llevaría la responsabilidad objetiva más allá de los límites de lo razonable), sino que es preciso acudir al criterio de la *lex artis* como modo de determinar cuál es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo, ya que no le es posible a la Ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente ..., aun aceptando que las secuelas padecidas tuvieran su causa en la intervención quirúrgica, si ésta se realizó correctamente y de acuerdo con el estado del saber, siendo también correctamente resuelta la incidencia posoperatoria, se está ante una lesión que no constituye un daño antijurídico conforme a la propia definición legal de éste hoy recogida en citado artículo 141.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre...”*

4. Advirtamos que la tesis contenida en el inciso final del párrafo transcrito coincide con la doctrina mantenida en nuestro dictamen D.99/04, tesis que hemos matizado en dictámenes posteriores en el sentido de que no se trata de que el perjudicado tenga un específico deber jurídico de soportar el daño, sino que, simplemente, si se ha actuado conforme a la *lex artis ad hoc*, no cabe imputar dicho daño a ningún sujeto, por no concurrir el imprescindible criterio positivo de imputación que el ordenamiento siempre requiere para hacer nacer la responsabilidad y la consiguiente obligación de indemnizar

aquél. En tales casos, el perjudicado se ve en la precisión de soportar el daño como consecuencia inevitable de la aplicación de las reglas contenidas en nuestro sistema de responsabilidad, pero no porque tenga –que no lo tiene- un específico deber jurídico de soportarlo: ello no es, en conclusión, resultado de la concurrencia del criterio negativo de imputación previsto en el artículo 141.1 LRJPAC, sino mero efecto reflejo de la no concurrencia de un ineludible criterio positivo de imputación.

5. Como ya hemos indicado el reclamante inicial, desgraciadamente fallecido durante la tramitación del expediente, circunstancia que lamentamos sinceramente, no aporta prueba alguna que sirva para apoyar sus manifestaciones, mientras que en el expediente existen diversos informes técnicos que niegan la existencia de una actuación médica apartada de las reglas de la *lex artis*.

El paciente estaba siendo controlado de su patología esofágica desde julio de 2005 cuando se objetivó esófago de Barret en la primera endoscopia realizada.

Así desde entonces se han ido realizando controles endoscópicos.

- junio de 2006
- octubre de 2008
- julio de 2010
- octubre de 2015
- marzo de 2019

En esta última endoscopia realizada el 7 de marzo de 2019, era informada en los siguientes términos:

*“Esófago: morfología normal. Mucosa de 1/3 distal esofágico con anillo mucoso anaranjado desde cardias a 40 cm. De arcada dentaria hasta 39 cm (muestras de biopsias en frasco 3), con 2 lengüetas de mucosa anaranjada que ascienden desde 39 a 35 cm, se toman biopsias a 38 cm (frasco 4) y a 36 cm (frasco 5). No se observan nódulos. Estómago: morfología normal. Pliegues de cuerpo (frasco 2) y fundus normales. Mucosa de antro (frasco 1) eritematoso.*

*Diagnóstico: Esófago de Barret largo. Imagen de gastritis”.*

El informe anatomopatológico de las muestras de biopsias fue el siguiente:

*“A-B (correspondientes a frasco 1 y 2): Mucosa gástrica dentro de los límites de la normalidad. C-E (correspondientes a frasco 3,4 y 5): Esófago de Barrett sin displasia, con cambios reactivos epiteliales en relación con inflamación focal”.*

6. En base a los hallazgos endoscópicos y al informe anatomopatológico, y siguiendo las recomendaciones de las Guías vigentes en ese momento, en concreto la Guía de Manejo de Esófago de Barrett de la Sociedad Europea de Endoscopia

Gastrointestinal, estableció por la Sección de Digestivo una recomendación de “endoscopia de control de 3 años”, que se añadió al informe endoscópico, como era la práctica habitual para que se informara al paciente y se aplicara por el médico de cabecera.

7. El 24 de enero de 2020 se cursa interconsulta a Digestivo y petición de endoscopia digestiva alta por parte del médico de cabecera.

Ese mismo día, de forma telemática, en base a que el estudio radiológico reciente no mostraba alteraciones a nivel esofágico y que se había realizado una endoscopia digestiva alta solo unos meses antes, con biopsias escalonadas del esófago de Barrett sin alteraciones relevantes, indicó las siguientes recomendaciones:

*“Creo indicado medidas higiénico-dietéticas antirreflujo y tratamiento con IBPs (inhibidores de la bomba de protones) a la dosis que necesite hasta 40 mg cada 12 horas y, asociar domperidona 10 mg antes de desayuno, comida y cena. Recomendamos gastroscopia preventiva a los 3 años de la última”.*

8. El día 14 de abril su médico de cabecera cursó una petición de consulta preferente que se respondió el 22 de abril.

*“Motivo de la consulta: Se solicita valoración por parte de MAP por Paciente con esófago de Barret: Refiere dolor intenso que no se modifica con ibps + Domperidona + nolitil, con regurgitación con algunas biznas sanguinolentas. Pérdida de 3,5 Kg en 1 mes”.*

Recomendaciones: Recomiendo gastroscopia preferente (desde la aparición de síntomas de alarma).

Se cursó la petición de endoscopia preferente por parte de MAP el día 4 de mayo y se citó la endoscopia unos días más tarde el día 7 de mayo.

El resultado de la endoscopia detectó una lesión estenosante en esófago distal, con diagnóstico anatomopatológico el día 13-5 de adenocarcinoma.

9. Incluso debemos que señalar que según menciona el informe de la Inspección médica, *valoradas retrospectivamente por radiólogos del servicio de radiología del Hospital San Pedro, las imágenes de sendos estudios de tránsito esófago gastroduodenal realizados al paciente, se determinó que la alteración difusa del peristaltismo y de la pared del esófago, compatible con posible afectación neoplásica, informada y visualizada en el estudio del 27 de mayo de 2020, no estaba presente en el estudio del 22 de enero de 2020, disponiendo de proyecciones similares en ambos estudios.*

10. Frente a lo anteriormente indicado, no se ha producido por la parte reclamante un mínimo esfuerzo probatorio en rebatir dichas afirmaciones. En consecuencia, este

Consejo, lego también en Medicina, se ve constreñido, al emitir su dictamen, al análisis de cuantos informes y pericia obran en el expediente y, a la vista de estos, ha de concluirse que la actuación de los servicios públicos sanitarios se ha ajustado a la *lex artis ad hoc*. Ello no quiere decir que, en un hipotético procedimiento judicial, con la conveniente prueba pericial médica, pudiera llegarse a conclusión diferente y considerar que ante la insistencia del paciente en acudir a su médico de cabecera primero y en consultas externas, el hecho de que no se le realizase una nueva gastroscopia, antes del plazo de tres años respecto la último de 2019, tal y como parece ser prescribe la literatura médica en estos casos, hubiera podido detectar el proceso cancerígeno, antes del 13 de mayo de 2020, que es cuando se le diagnosticó, lo que podría situarnos ante la llamada teoría de la pérdida de oportunidad, pues se desconoce cuál hubiese sido en ese caso la evolución de la enfermedad.

#### **Cuarto**

##### **Sobre el importe de la indemnización solicitada**

Aunque ya hemos concluido que procede desestimar la reclamación interpuesta, debemos indicar que en todo caso y como consecuencia del lamentable fallecimiento del Sr. Z., el daño que sus herederos podrían reclamar, no viene representado por la valoración de daños corporales que se incluye en el escrito de reclamación, pues ese daño es inherente a la persona que lo sufre. Sus herederos en cambio estarían legitimados para reclamar el daño moral que, para ellos, y en atención a las concretas circunstancias de cada uno, les causa el fallecimiento del Sr. Z.

## **CONCLUSIONES**

### **Primera**

A juicio de este Consejo Consultivo, la presente reclamación debe ser desestimada por los motivos contenidos en el presente dictamen.

Este es el Dictamen emitido por el Consejo Consultivo de La Rioja que, para su remisión conforme a lo establecido en el artículo 53.1 de su Reglamento, aprobado por Decreto 8/2002, de 24 de enero, expido en el lugar y fecha señalados en el encabezamiento.

**EL PRESIDENTE DEL CONSEJO CONSULTIVO**

José Ignacio Pérez Sáenz