

En Logroño, a 29 de junio 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. Enrique de la Iglesia Palacios, D<sup>a</sup> Amelia Pascual Medrano y D<sup>a</sup> Ana Reboiro Martínez-Zaporta, y telemáticamente D. José M<sup>a</sup> Cid Monreal, así como del Letrado-Secretario General, D. Ignacio Serrano Blanco, y siendo ponente D<sup>a</sup> Amelia Pascual Medrano, emite, por unanimidad, el siguiente

## **DICTAMEN**

**30/22**

Correspondiente a la consulta formulada por la Excm. Sra. Consejera de Salud en relación con la *Reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria formulada por D<sup>a</sup> T.M.P. y D. P.M.M. por los daños y perjuicios causados por el fallecimiento de D. P.M.O., tras intervención quirúrgica y descompensación cardíaca, y que valoran en 500.000 euros.*

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

### **Antecedentes del asunto**

#### **Primero**

D<sup>a</sup> T.M.P. y D. P.M.M. (esposa e hijo del fallecido y, en adelante, los reclamantes) formularon la expresada reclamación administrativa de responsabilidad patrimonial de la Administración pública, mediante escrito, que fue registrado de entrada el 19 de abril de 2021, en la que narra los siguientes hechos en los que funda su reclamación:

*El Sr M. diagnosticado de isquemia crónica en paciente diabético en ambas extremidades inferiores, lo que había llevado a la amputación, total o parcial, de varios dedos, sufrió, a principios del mes de marzo de 2020 - el día 7 u 8 - un traumatismo en el pie izquierdo, prescribiéndose por el servicio de cirugía vascular del complejo hospitalario San Millán- San Pedro de La Rioja, con motivo de la consulta realizada el 13 de marzo, la realización de curas en el centro de salud.*

*Como es de sobra conocido por ese Servicio en ese momento ya se había iniciado la crisis sanitaria derivada del COVID, decretándose el día 14 de marzo el estado de alarma, motivando esta situación que las asistencias por el servicio de enfermería para realizar las curas prescritas no se realizaran en todas las ocasiones, indicándole a su hijo la posibilidad de curas por su parte por ser conocedor de*

*los mínimos las mismas en procesos previos de amputación.*

*La evolución fue muy desfavorable constando en informe de Centro de Salud emitido el 1 de abril de 2020 que presenta "pie con necrosis de 2 y 3 dedos".*

*Ante la gravedad de la situación, y dada la necesidad de realizar una intervención, se llevó a cabo estudio preoperatorio el 6 de abril, indicando, el 7 de abril, día en que le ven nuevamente en la consulta de Cirugía Vascular que la operación no podía realizarse de forma inmediata (lo que revela la urgencia de la situación) al no existir quirófanos más que para urgencias por la situación COVID.*

*Se programó ingreso para el 14 de abril de 2020 presentando en ese momento necrosis de los dedos con linfangitis asociada (inflamación derivada de una infección local).*

*No se le realizó la amputación hasta el 16 de abril, con anestesia local en un "quirófano ambulatorio", y para entonces parece que ya se está produciendo una descompensación cardiaca (paciente cardiópata) que precisa reajuste del tratamiento.*

*Finalmente fallece por dicha descompensación, según consta el informe emitido por el servicio de angiología y cirugía vascular.*

La reclamación se fundamenta en la aplicación al caso de la doctrina de la "pérdida de oportunidad", que se ilustra con una abundante cita jurisprudencial. En esencia, según los reclamantes:

*Aplicando esta doctrina al presente supuesto ha de tenerse en cuenta que el Sr. M. era un paciente diabético con patología asociada de isquemia en ambas extremidades, de sobra conocido por los servicios médicos dependientes de esa Administración tanto por el hecho de haberse llevado a cabo ya varias amputaciones totales o parciales de los dedos de ambos pies, que como consecuencia del traumatismo sufrido en su pie izquierdo, es remitido a la simple realización de curas, que no se llevaron a cabo con la necesaria continuidad por parte de los servicios sanitarios, lo que determinó que el retraso en una pronta y adecuada valoración y tratamiento de la lesión en el pie, en un paciente diabético, y el retraso en la amputación, una vez que ya existía infección, condicionó una evidente pérdida de oportunidad y favoreció la complicación por la que falleció .*

*Téngase en cuenta que resulta imposible determinar qué hubiera ocurrido si actuando conforme a los principios que han de regir la lex artis se hubiera procedido al diagnóstico e intervención inmediata, pues, por desgracia, ya que no se realizó, eso supondría movemos en el terreno de las hipótesis.*

*Lo único cierto y constatado es que dicha amputación no se practicó a pesar de que ya en el informe de 1 de abril consta que el paciente presentaba necrosis en 2 y 3 dedos del pie izquierdo, aquí es donde radica precisamente la responsabilidad exigida, o como dice la sentencia de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo, de 24 de noviembre de 2009, en estos casos concurre un daño antijurídico en el que el daño se centra en la incertidumbre en torno a la secuencia que hubieran tomado los hechos de haberse seguido en el funcionamiento del servicio otros parámetros de actuación.*

A la reclamación, que se cuantifica en 500.000 euros, se adjuntan informes médicos y el testamento de D. P.M.O. (fols. 15 a 55 del expediente).

### **Segundo**

En fecha 21 de abril de 2021, se dicta Resolución por la que se tiene por iniciado el procedimiento general de responsabilidad patrimonial, se nombra Instructor del mismo y se comunica a los reclamantes, en la persona de su representante, diversa información relativa a la instrucción del mismo.

### **Tercero**

En la misma fecha, se requieren a la Dirección del Área de Salud Hospital San Pedro (HSP), cuantos antecedentes y datos existan de la atención prestada al paciente, su historia clínica —relativa a la asistencia objeto de reclamación—, informes de los facultativos intervinientes sobre la asistencia dispensada y, en particular, a petición de la reclamante, el número e identificación concreta de los quirófanos en funcionamiento para sus fines propios en Logroño, entre los días 7 de marzo y 20 de abril de 2020 y si los quirófanos del HSP estaban reservados en esas fechas para urgencias derivadas del COVID.

Consta igualmente en el expediente el acuse de recibo de la comunicación de la reclamación a la aseguradora con la que el SERIS tiene contratada la póliza de responsabilidad civil.

Con fecha 30 de agosto de 2021 se remite por la citada Área la siguiente documentación: copia de la historia clínica; informe de los doctores del Servicio de Cirugía Vascular del HSP, C.C.A. y M.A.G.A; informe del Jefe de Servicio de Cardiología del HSP, Dr. L.J.A.P; e informe de la Jefa de Servicio de Angiología y Cirugía Vascular del HSP, Dra. E.G.G.

### **Cuarto**

Seguidamente, consta en el expediente el informe de la Inspección médica, de 10 de septiembre de 2021, cuyas conclusiones son las siguientes:

*A tenor de los datos pronósticos reflejados en este informe, avalados por abundante literatura científica al respecto, la enfermedad arterial periférica del paciente y otras enfermedades previas (diabetes mellitus) eran indicativos del estado avanzado de su arteriopatía periférica. Por tanto, desde el punto de vista médico no debe sorprender que, a pesar de haber seguido un proceso diagnóstico y terapéutico correcto durante los días objeto de la reclamación, un paciente como P.M.O. tuviera una mala evolución e incluso acabara falleciendo.*

*En resumen, no aprecio infracción a la lex artis de la revisión de este expediente de reclamación patrimonial. El seguimiento y manejo clínico durante su hospitalización fue correcto desde el punto de vista médico.*

### **Quinto**

Por su parte, el informe pericial (6 de septiembre de 2021), emitido a instancia de la aseguradora del SERIS, destaca que:

*La evolución de este paciente es la habitual en una isquemia crónica de miembros inferiores de etiología fundamentalmente diabética. A pesar del Estado de Alarma —continua— no ha existido ningún retraso que se pueda considerar determinante en la atención médica recibida por el servicio de C. Vascular ya que se adopta la postura, consensuada en sesión médico-quirúrgica, de que la extremidad inferior izquierda no era revascularizable porque el riesgo-beneficio de dicha actuación era mayor que el realizar una amputación abierta del 2º-3º dedos del pie izquierdo. Finalmente, el paciente fallece presumiblemente de un Edema Agudo de Pulmón que guarda relación con su cardiopatía previa y no con un presumible retraso en su atención médica.*

Y su conclusión final es la siguiente:

*Paciente de 83 años portador de una pluripatología que es sometido a diversas intervenciones revascularizadoras, así como a una serie de amputaciones menores en ambas extremidades por el servicio de C. Vascular del Complejo Hospitalario de San Millán- San Pedro de La Rioja.*

*Consideramos que todas las actuaciones llevadas a cabo han sido conforme a la lex artis ac hoc y que no ha existido ningún retraso que haya condicionado un evolutivo desfavorable y menos que haya condicionado su exitus provocado por un Edema Agudo de Pulmón que guarda relación con su cardiopatía previa.*

### **Sexto**

Notificado a la representante de los reclamantes el trámite de audiencia, ésta presentó un escrito de alegaciones de fecha 29 de diciembre de 2021, que, en esencia, reitera que su reclamación no se basa en la infracción de la *lex artis* sino en la aplicación a este caso de la doctrina de la “*pérdida de oportunidad*”. Se adjunta, además, bibliografía en relación con las infecciones en el pie diabético y la insuficiencia cardiaca aguda, así como protocolo relativo al circuito de derivación ágil para úlceras de pie diabético de la Sociedad Española de Diabetes y de la Sociedad Española de Angiología y Cirugía Vascular.

Igualmente, reitera que se le facilite por el Servicio Riojano de Salud (SERIS), la información solicitada en su escrito de reclamación en relación con los quirófanos disponibles entre los días 7 de marzo y 20 de abril de 2021.

### **Séptimo**

Por Resolución, de 30 de diciembre de 2021, el instructor del procedimiento inadmite la referida solicitud de informe sobre los quirófanos disponibles, al considerar *“que en la documentación unida al procedimiento (en concreto, en el informe emitido por la Jefa de Servicio de Angiología y Cirugía Vascular, Dra. E.G.G.) se encuentran recogidos con suficiente precisión y claridad los antecedentes producidos en relación con estos hechos, por lo que la práctica de la prueba solicitada no aportaría datos de interés para el esclarecimiento de los mismos”*.

### **Octavo**

Por Resolución, de 9 de febrero de 2022, se sustituye al instructor nombrado inicialmente por el funcionario J.C.G.L, en atención a la prolongada ausencia justificada del primero.

### **Noveno**

En fecha 21 de febrero de 2022, se formula la Propuesta de resolución en el sentido de que se desestime la reclamación por no ser imputable el perjuicio alegado al funcionamiento de los Servicios públicos sanitarios. La misma es informada favorablemente por los Servicios Jurídicos el 25 de mayo de 2022.

## **Antecedentes de la consulta**

### **Primero**

Por escrito firmado, enviado y registrado de salida electrónicamente con fecha 25 de mayo de 2022, y registrado de entrada en este Consejo el día 26 de mayo, la Excma. 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 día 27 de mayo 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 a la Consejera señalada 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 52.309,53 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 Comunidad Autónoma de La Rioja

1. Nuestro ordenamiento jurídico (art. 106.2 de la Constitución y 139.1, 139.2 y 141.1 LPAC'92), 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 de 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.

2. 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.

3. Como consideración adicional, ha de recordarse que, según un principio general (consignado, por ejemplo, en el art. 217.2 Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil), es carga del reclamante la acreditación de la concurrencia de los requisitos de los que nuestro ordenamiento jurídico hace nacer la responsabilidad patrimonial de la Administración (por todas, Sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 2 julio de 2010, R. casación 2985/2006).

### **Tercero**

#### **Sobre la doctrina de la “*pérdida de oportunidades*”**

Este Consejo ya ha tenido la oportunidad de examinar la aplicación en algunos supuestos de responsabilidad patrimonial de lo que se conoce como la teoría o doctrina de la “*pérdida de oportunidades*”, de la “*chance*” o, en el ámbito sanitario que nos ocupa, “*pérdida de oportunidades terapéuticas*” (cfr., por ejemplo, D.38/12, D.3/14 y D.13/15).

Como es sabido, se trata de una doctrina de elaboración jurisprudencial, sin un apoyo normativo general expreso, pero que se halla ya muy asentada en la determinación judicial y consultiva, entre otras, de la responsabilidad sanitaria. Dicho lo cual, conviene también advertir de antemano que su inherente dosis de indeterminación aconseja un manejo prudente de la misma, a fin de evitar convertir en indemnizables meras hipótesis especulativas.

A través de esta doctrina, la responsabilidad de la Administración sanitaria se produce por la merma de oportunidades o posibilidades de curación o mejora, que puede acarrear la omisión de un tratamiento o prueba, un diagnóstico errado o tardío, el retraso en la asistencia prestada o, incluso, la omisión del consentimiento informado.

En origen, la “*pérdida de oportunidades*” se configura como una alternativa en supuestos —muy frecuentes en el ámbito médico— en los que no resultaba posible determinar de forma cierta un nexo causal directo y suficiente. En este sentido se trataría de una regla de imputación causal alternativa a la tradicional resultante de las cláusulas generales de responsabilidad, que atiende al grado de probabilidad. Y es que, en definitiva, como afirma la STS de 21 de diciembre de 2012, la doctrina de la pérdida de oportunidad *"existe en aquellos supuestos en los que es dudosa la existencia de nexo causal o concurre una evidente incertidumbre sobre la misma"*.

En principio, además, su aplicación se hallaba condicionada a la concurrencia de una praxis médica incorrecta o contraria a la *lex artis* (“*para que la pérdida de oportunidad pueda ser apreciada debe deducirse ello de una situación relevante, bien derivada de la actuación médica que evidencia mala praxis o actuación contra protocolo o bien de otros extremos como pueda ser una simple sintomatología evidente indicativa de que se actuó incorrectamente o con omisión de medios...*”. STS de 13 de julio de 2005).

Sin embargo, en los últimos años, el TS ha venido también vinculando esta doctrina a la *lex artis*. Afirma así, repetidamente, que la pérdida de oportunidad terapéutica se configura: “*Como una figura alternativa a la quiebra de la lex artis, que permite una respuesta indemnizatoria en los casos en que tal quiebra no se ha producido y, no obstante, concurre un daño antijurídico, consecuencia del funcionamiento del servicio*” (SSTS de 24 de noviembre de 2009, 2 de enero de 2012 o 20 de marzo de 2018).

Con todo, tal y como se ha constatado doctrinalmente, por regla general, la responsabilidad se declara únicamente si se aprecia que la asistencia sanitaria dispensada no se ha ajustado, de algún modo, a la *lex artis*, sea porque el tratamiento médico no ha sido el más idóneo, no se ha aplicado diligentemente o se ha retrasado: “*aunque la incertidumbre en los resultados es consustancial a la práctica de la medicina (circunstancia que explica la inexistencia de un derecho a la curación) los ciudadanos deben contar frente a sus servicios públicos de la salud con la garantía de que, al menos, van a ser tratados con diligencia aplicando los medios y los instrumentos que la ciencia médica posee a disposición de las Administraciones sanitarias*” (por todas, STS de 18 de noviembre de 2021).

En cualquier caso, es relevante recordar que la imputación de responsabilidad en estos casos exige que el nexo causal se halle suficientemente fundado. Como subraya la STS de 18 de julio de 2016, debe concurrir “*una probabilidad causal seria, no desdeñable, de que un comportamiento distinto en la actuación sanitaria no solo era exigible, sino que podría haber determinado, razonablemente, un desenlace distinto*”. O, en los términos de la STS

de 20 de marzo de 2018, debe constatar que “*la actuación médica omitida pudiera haber evitado o mejorado el deficiente estado de salud del paciente, con la consecuente entrada en juego a la hora de valorar el daño así causado de dos elementos o sumandos de difícil concreción, como son el grado de probabilidad de que dicha actuación hubiera producido el efecto beneficioso, y el grado, entidad o alcance de éste mismo*”.

Finalmente, a los efectos de determinar la indemnización procedente, es criterio pacífico jurisprudencial considerar que, “*en estos casos, el daño no es el material correspondiente al hecho acaecido, sino la incertidumbre en torno a la secuencia que hubieran tomado los hechos de haberse seguido en el funcionamiento del servicio otros parámetros de actuación, en suma, la posibilidad de que las circunstancias concurrentes hubieran acaecido de otra manera. En la pérdida de oportunidad hay, así pues, una cierta pérdida de una alternativa de tratamiento, pérdida que se asemeja, en cierto modo, al daño moral y que es el concepto indemnizable. En definitiva, es posible afirmar que la actuación médica privó al paciente de determinadas expectativas de curación, que deben ser indemnizadas, pero reduciendo el montante de la indemnización en razón de la probabilidad de que el daño se hubiera producido, igualmente, de haberse actuado diligentemente*” (recientemente, STS de 18 de noviembre de 2021).

#### **Cuarto**

##### **Sobre la no existencia de responsabilidad patrimonial en el presente caso: cumplimiento de la *Lex Artis***

1. Como hemos explicado reiteradamente en numerosos dictámenes, en el ámbito sanitario, el funcionamiento del servicio público (que es criterio positivo de imputación que, con carácter general, utiliza el ordenamiento) consiste en el cumplimiento por la Administración de un deber jurídico, previo e individualizado respecto a cada paciente, que es correlativo al derecho de éste a la protección de su salud y a la atención sanitaria (cfr. art. 1.2 de la Ley General de Sanidad, que desarrolla los arts. 43 y concordantes de la Constitución), por lo que ese deber es *de medios y no de resultado* y se cumple, no respondiendo entonces la Administración, cuando la atención prestada ha sido conforme con la denominada *lex artis ad hoc*.

2. Ciertamente, tal y como subraya de modo expreso el escrito de alegaciones de los reclamantes, la presente reclamación no se basa en una infracción de la *lex artis*, sino en la “*doctrina de la pérdida de oportunidad por un tratamiento tardío*”, pero no cabe enjuiciar ésta de forma independiente y sin determinar, previamente, si se ha producido o no una actuación médica ajustada a dicha *lex artis*. En suma, establecer si, pese al triste resultado producido, el paciente, a lo largo de su evolución, fue diagnosticado, tratado y seguido

tempestivamente, de acuerdo con la *lex artis* y utilizando todos los medios disponibles.

Los hechos más relevantes de la asistencia sanitaria cuestionada, recogidos en extenso en los Antecedentes, serían los siguientes:

-El paciente, de 83 años, con pluripatologías (en particular, diabetes y portaba marcapasos por bloqueo aurículo-ventricular sintomático) y diagnosticado de isquemia crónica IV en extremidades inferiores, había precisado ya, anteriormente, de amputaciones y procedimientos revascularizadores.

-A principios de marzo de 2020 sufre un traumatismo fortuito en el pie izquierdo. A la cita del 13 de marzo en la consulta de Cirugía Vascul ar acudió su hijo con unas fotos de la lesión, ya previamente valorada por Atención Primaria y Podología. Se refiere al médico que el dolor va remitiendo y se constata una mejoría de la lesión, que se ha ido limpiando, en las imágenes. Se establece control domiciliario y se cita para dentro de 15 días.

-El 1 de abril acude a la revisión programada y en la exploración se constata necrosis de 3º dedo y linfangitis. Pulso poplíteo positivo. Se propone inicialmente amputación y firma el consentimiento informado y se incluye en lista de espera.

-El 6 de abril, se avista telefónicamente del empeoramiento y el 7 de abril en la consulta en Cirugía Vascul ar se concluye: No refiere aumento del dolor. Necrosis no extensa del 3º- 2º dedos (pie izquierdo). Celulitis antepié MII. Plan: paciente de alto riesgo. Se sopesa riesgo vital vs riesgo de la extremidad. Tras valoración en sesión Clínica se acuerda tramitar TAC para el martes 14/04/2020 ingresando dicho día y decidir sobre amputación digital vs revascularización. Se pauta Amoxicilina/Clavulánico 875/125 cada 8 h.

-El 14 de abril ingresó en el HSP, se realizó el TAC y se descartó la revascularización previa a la amputación menor.

-El 16 de abril se realizó la amputación.

-El 17 de abril fue valorado por el Servicio de Cardiología y se pautó tratamiento por su insuficiencia cardiaca.

-El 20 de abril fue de nuevo valorado por Cardiología y se le realizó una Rx de tórax. Presenta empeoramiento y fue valorado también por medicina interna que considera que se trata de una insuficiencia cardiaca con edema agudo de pulmón. Ese mismo día, tras una parada cardiorespiratoria, fallece.

A la vista de los anteriores hechos y de los elementos de prueba apartados, este Consejo entiende que cabe llegar la convicción racional de que la asistencia prestada al paciente se ajustó a la *lex artis ad hoc*, algo que, por lo demás, tampoco cuestionan los reclamantes.

El informe de la Inspección Médica y el dictamen pericial de la aseguradora coinciden

así en que el proceso diagnóstico y terapéutico ha sido correcto y conforme a la *lex artis*. No existe un nexo causal entre el daño producido y la actuación sanitaria. Por lo demás, se trata, en ambos casos, de juicios técnicos de especialistas, motivados y coherentes con los hechos e historial médico, no habiéndose aportado prueba en contrario.

La inspección médica señala que, “*A tenor de los datos pronósticos reflejados en este informe, avalados por abundante literatura científica al respecto, la enfermedad arterial periférica del paciente y otras enfermedades previas (diabetes mellitus) eran indicativos del estado avanzado de su arteriopatía periférica. Por tanto, desde el punto de vista médico no debe sorprender que, a pesar de haber seguido un proceso diagnóstico y terapéutico correcto durante los días objeto de la reclamación, un paciente como P.M.O. tuviera una mala evolución e incluso acabara falleciendo*”. Y, en igual sentido, el dictamen pericial concluye en que “*todas las actuaciones llevadas a cabo han sido conforme a la lex artis*”.

## Quinto

### **Sobre la no concurrencia de la “pérdida de oportunidades” en el presente caso.**

1. Como decíamos, para que surja la responsabilidad patrimonial es preciso acreditar que en la prestación sanitaria se ha vulnerado la *lex artis* o, en su caso, se ha producido una pérdida de la oportunidad, pero, en ambos casos, debe existir una relación causal entre éstas y el daño cuya indemnización se reclama.

Pues bien, examinado el expediente, a juicio de este Consejo, los reclamantes no han aportado prueba suficiente —tal y como les compete— en apoyo de las manifestaciones que contiene su escrito de reclamación destinadas a fundamentar su pretensión de indemnización por *pérdida de oportunidad*.

2. En esencia, los reclamantes, basan la “*pérdida de oportunidad*” en dos aspectos que, de forma difusa, parecen ligar a la situación pandémica por el Covid-19: i) la realización de curas prescritas inicialmente no se realizó con la necesaria continuidad por parte de los servicios sanitarios lo que determinó el retraso en una “*pronta y adecuada valoración y tratamiento de la lesión del pie*”; y ii) de forma particular, el retraso en la realización de la amputación, dado que ésta no se practicó hasta el 16 de abril, pese a que el 1 de abril el paciente ya presentaba necrosis e infección bacteriana, lo que genera responsabilidad por la “*incertidumbre en torno a la secuencia que hubieran tomado los hechos de haberse seguido en el funcionamiento del servicio otros parámetros de actuación*”.

En sentido contrario, sin embargo, los informes técnicos obrantes en el expediente

permiten llegar a la convicción racional de que en este caso no cabe apreciar la reclamada “*pérdida de oportunidad*”, de conformidad con las exigencias que impone la jurisprudencia.

i) Tras su lesión inicial, el paciente fue atendido primero en atención primaria y después por el especialista el 13 de marzo. La evolución favorable determinó un control domiciliario, que se avisase si empeoraba y la realización de curas del pie. Se le cito, además, para revisión en un plazo razonable.

ii) El que las curas indicadas no se realizasen luego en su integridad por el servicio de enfermería (dada la declaración del Estado de Alarma y la necesidad de preservar, especialmente, a los pacientes de alto riesgo como era el fallecido) y se propusiese que las realizase el hijo del fallecido, que contaba ya con experiencia en procesos anteriores, carece de la mínima sustantividad necesaria para alterar el devenir de los hechos.

iii) En relación con el retraso en la realización de la amputación, debe tenerse en cuenta que, según consta en el informe de la Jefa de Angiología y Cirugía Vascular, a pesar de que su práctica se indicó el 1 de abril de 2020, no se considera de urgencia ya que no se trataba de una necrosis húmeda del dedo.

iv) Igualmente, tras informar el hijo de un empeoramiento el 6 de abril, el paciente es citado al día siguiente y, de nuevo, tras su valoración médica, el cirujano vascular tampoco consideró que fuese preciso realizar una amputación de urgencia, “*porque no se trataba de una gangrena húmeda, sino que presentaba un cuadro de celulitis asociado a la necrosis seca, por lo que prescribió tratamiento antibiótico de forma ambulatoria*”.

v) A la vista de la situación pandémica no se recomienda “*el ingreso hospitalario porque se trataba de un paciente de edad avanzada y pluripatológico*”, pero no ha quedado acreditado que ello pudiera tener alguna repercusión en el devenir de los hechos, a la par que, precisamente, su finalidad de evitar daños mayores al paciente —de muy fácil producción en esas fechas de pandemia— hace en extremo difícil apreciar una “*pérdida de oportunidad*”. Y es que, si se hubiera realizado el ingreso hospitalario sin resultar imprescindible para la asistencia sanitaria y se hubiera producido una infección, dicha “*pérdida de oportunidad*” —justo por la actuación contraria— podría también reclamarse.

La pérdida de oportunidad no puede llevarnos a la paradoja de la doble imputación que haga responder en un juicio hipotético tanto por acción, como por omisión. Saldría del espectro de lo razonable un planteamiento de causalidad en el

que se deba responder tanto si se actúa como si se omite la actuación. En la época de los hechos el ingreso hospitalario de un paciente como el Sr. M. podía haber creado una oportunidad de empeoramiento clara, por lo que la atención domiciliaria no puede ser valorada como pérdida de oportunidad, so pena de convertir a la Administración en aseguradora universal.

vi) Se prescribió un angio TAC, que se realiza el 14 de abril de 2020, y se programó para ese mismo día el ingreso del paciente, con objeto de minimizar su estancia hospitalaria. Dicha prueba resultaba pertinente a fin de valorar si era necesaria una revascularización previa a la amputación. Descartada ésta por el equipo médico por el alto riesgo quirúrgico del paciente, la amputación se realizó dos días después, el 16 de abril. Tras ello, consta en el expediente una regular atención y asistencia, así como la intervención adicional del Servicio de Cardiología.

El seguimiento y la asistencia se ajustó, por tanto, a la buena praxis y no ha quedado acreditado, alternativamente, que la práctica de la cirugía el día 16 de abril y no en fechas más inmediatas a su inicial indicación, el 1 de abril, provocase a lo largo de la asistencia médica prestada una “pérdida de oportunidad” sustancial o apreciable, ni cabe sospechar que no se tuvo en cuenta la ratio beneficio-riesgo más favorable para la paciente.

El citado informe de la Jefa de Angiología constata que el paciente “*sufrió empeoramiento de su estado general debido a la patología cardíaca previa de base que presentaba (como ya se ha comentado, se trataba de un paciente de alto riesgo quirúrgico; motivo por el cual se había decidido realizar la cirugía menos agresiva) y, probablemente, agravado por la intervención quirúrgica del día anterior, no por el cuadro infeccioso del pie [...], siendo diagnosticado de cuadro de Insuficiencia cardíaca aguda en estado de edema agudo de pulmón*”. Asimismo, para la inspección médica “*la enfermedad arterial periférica del paciente y otras enfermedades previas (diabetes mellitus) eran indicativos del estado avanzado de su arteriopatía periférica. Por tanto, desde el punto de vista médico no debe sorprender que, a pesar de haber seguido un proceso diagnóstico y terapéutico correcto durante los días objeto de la reclamación, un paciente como P.M.O. tuviera una mala evolución e incluso acabara falleciendo*”. E, igualmente, en el dictamen pericial de P. se subraya que su deceso no guarda nexo directo con su patología vascular, sino que se trata de la evolución habitual en este tipo de paciente (edad y cardiopatía): “*no ha existido ningún retraso que haya condicionado un evolutivo desfavorable y menos que haya condicionado su exitus provocado por un Edema Agudo de Pulmón que guarda relación con su cardiopatía previa*”.

3. Por último, conviene despejar de forma particular si, como apunta la reclamación, el retraso imputado se debió a la falta de disponibilidad de quirófanos originada por la

situación pandémica.

Pues bien, de los datos obrantes en el expediente no es posible deducir que la no intervención quirúrgica inmediata se debiera a esa falta de disponibilidad (al margen de que debería determinarse previamente la incidencia de esta cuestión —actualmente en debate— en el ámbito de la responsabilidad sanitaria), sino a su carácter no urgente que es el criterio habitual de priorización de los medios disponibles. Por otro lado, la realización de la citada intervención 15 días después (contando con la necesidad de realizar antes el preoperatorio y otras pruebas complementarias) no parece que pueda considerarse un plazo irracional o desproporcionado.

El “*Circuito de derivación ágil para úlceras de pie diabético*” de la Sociedad Española de Diabetes y de la Sociedad Española de Angiología y Cirugía Vascul ar que aportan los reclamantes prevé, en efecto, en casos como el que nos ocupa, una derivación para aplicar el tratamiento preciso en un máximo de 4 días, pero de ahí no es posible colegir que dicho tratamiento fuese una intervención quirúrgica inmediata.

Por lo demás, la información requerida los reclamantes sobre la disponibilidad de quirófanos, aunque de forma limitada, cabe darla por satisfecha en el informe de la Jefa del Servicio: “*el 16 de Abril se intervino de forma programada en el quirófano convencional nº 24, (adjudicado a Cirugía Vascul ar durante ese período de pandemia para realización de todas las cirugías, tanto las sencillas como las complejas y que, en circunstancias normales, es donde realiza sus operaciones el Servicio de Cirugía General)*”.

4. En conclusión, a juicio de este Consejo, con los datos obrantes en el expediente, no cabe apreciar, en este supuesto, una “*pérdida de oportunidad*” sustancial. No ha quedado así acreditado con un mínimo de probabilidad causal que la evolución del paciente y su fatal desenlace, que este Consejo lamenta, hubiera tenido otro devenir mejor si la intervención quirúrgica hubiera sido inmediata o sin el retraso que los reclamantes le imputan.

En este sentido, no debemos olvidar que “*La doctrina de la pérdida de oportunidad exige que la posibilidad frustrada no sea simplemente una expectativa general, vaga, meramente especulativa o excepcional ni puede entrar en consideración cuando es una ventaja simplemente hipotética...*” (STS de 25 de mayo de 2016).

## Sexto

### Sobre el *quantum* indemnizatorio en la “*pérdida de oportunidades*”

Obviamente, descartada en este caso la “*pérdida de oportunidades*”, no es necesario entrar en la valoración de la cuantificación del daño que realizan los reclamantes, pero puede ser de interés hacer una mínima observación al respecto, dado que su concreción en 500.000 euros parece un tanto desenfocada en el marco de dicha pérdida.

La jurisprudencia —tal y como ya hemos visto y recoge también expresamente la reclamación—ha reiterado que en el supuesto de “*pérdida de la oportunidad*” el daño indemnizable no es el daño material causado “*sino la incertidumbre en torno a la secuencia que hubieran tomado los hechos de haberse seguido en el funcionamiento del servicio otros parámetros de actuación, en suma, la posibilidad de que las circunstancias concurrentes hubieran acaecido de otra manera. En la pérdida de oportunidad hay, así pues, una cierta pérdida de una alternativa de tratamiento, pérdida que se asemeja en cierto modo al daño moral y que es el concepto indemnizable. En definitiva, es posible afirmar que la actuación médica privó al paciente de determinadas expectativas de curación, que deben ser indemnizadas, pero reduciendo el montante de la indemnización en razón de la probabilidad de que el daño se hubiera producido, igualmente, de haberse actuado diligentemente*” (por todas, STS de 24 de noviembre de 2009).

De ahí que, en la determinación de la indemnización, entran en juego el grado de probabilidad de que otra actuación médica hubiera producido un efecto beneficioso, y el grado, entidad o alcance de éste.

No cabe, por tanto, como parece realizar el escrito de reclamación, identificar y cuantificar directamente la “*pérdida de oportunidad*” con el daño imputable a una actuación de médica responsable del fallecimiento de un paciente.

## CONCLUSIÓN

### Única

A juicio de este Consejo Consultivo, la presente reclamación debe ser desestimada por falta de probanza de sus fundamentos.

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