

En Logroño, a 20 de julio de 2023, 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, de forma telemática, y presencialmente: D^a. Amelia Pascual Medrano, D^a. Ana Reboiro Martínez-Zaporta y D^a. M^a. Belén Revilla Grande; y del Letrado-Secretario General, D. Ignacio Serrano Blanco; y siendo ponente D^a. Ana Reboiro Martínez-Zaporta, emite, por unanimidad, el siguiente

DICTAMEN

47/22

Correspondiente a la consulta formulada por la Excm. Sra. Consejera de Salud, en relación con el procedimiento administrativo de *responsabilidad patrimonial promovido por Doña A.C.T., en solicitud de una indemnización total de 60.000 euros, por el fallecimiento de su esposo –Don E.A.E., el día 22 de junio de 2021 en el Hospital San Pedro, como consecuencia de haber recibido un tratamiento deficiente, atención médica y diagnóstico negligente y pérdida de oportunidad.*

ANTECEDENTES DE HECHO DE LA CONSULTA

Primero

Mediante escrito sin fecha, dirigido al Departamento de Salud de La Rioja, que tuvo entrada en el Registro General del Gobierno de La Rioja el día 23 de mayo de 2022, el Letrado Don Luis Miguel de Ortega solicitó, en nombre y representación de Doña A.C.T., la historia clínica relativa a la asistencia prestada al esposo de ésta -Don E.A.E.- en el Hospital San Pedro desde su ingreso, el día 8 de junio de 2021, hasta su fallecimiento, producido el día 22 de junio de 2021 y, a su vez, formuló reclamación administrativa por responsabilidad patrimonial por el deficiente tratamiento y fallecimiento de éste. Aunque los términos de la reclamación fechan la muerte el 22 de junio, ésta se produjo el 24 de junio de 2021.

Como sustento fáctico de la reclamación formulada, en dicho escrito, se señala:

- 1) Que el esposo de la reclamante padecía una afección oncológica cuando ingresó en el Hospital San Pedro, el día 8 de junio;
- 2) Que fue instalado en una zona para pacientes COVID.



- 3) Que se le administró Remsedevir y Tozilizumab sin su consentimiento o el de la familia.
- 4) Que se le denegó un tratamiento compasivo con dióxido de cloro.
- 5) Que falleció por COVID.

Igualmente se señala que, durante la atención hospitalaria hubo una total falta de información y nulo consentimiento con los tratamientos y las medidas que se tomaron y que pudieron causarle la muerte.

Y, por último, se afirma que, solicitada por la esposa del Sr. A. copia literal de la historia clínica, se le denegó; siéndole entregada información parcial en la que se omitían documentos importantes.

En base a todo ello, la reclamante considera que su esposo recibió una mala y negligente atención médica, de la que el paciente no fue informado y a la que no prestó su consentimiento; que igualmente el diagnóstico fue negligente; y que se produjo un mal diseño terapéutico con pérdida de oportunidad, al denegarle el tratamiento compasivo con dióxido de cloro.

Y manifiesta haber sufrido un daño moral, por todo ello, que valora en 60.000 euros, a la espera de nueva valoración.

Finaliza su reclamación solicitando el inicio del procedimiento de responsabilidad patrimonial del que se deduzca el daño causado y la indemnización correspondiente a la propia valoración de la reclamante, de 60.000 euros, además de interesar que se le haga entrega de:

- 1) copia LITERAL de la historia clínica referente a todo el proceso asistencial, con todas las pruebas y registro realizados, ya sean de tipo sanitario como administrativo.
- 2) Informe asistencial del responsable del internamiento y tratamiento, así como informe de la Inspección Médica.
- 3) El resultado de cuantas pruebas COVID se realizaron al paciente, especificando su marca, número de lote, ficha técnica y especificaciones, protocolo analítico empleado y controles y calibración efectuadas sobre la técnica de diagnóstico, así como el nombre del responsable médico de calibración y resultados.
- 4) La entrega de la póliza de seguro, si la hubiere.

Al escrito de reclamación se acompaña copia de su DNI y el de su esposo; Libro de Familia; y certificado de fallecimiento del Sr. A.



Segundo

Advertida la falta de acreditación de la representación que afirmaba ostentar el Letrado Don Luis Miguel de Ortega, la SGT de la Consejería de Salud requirió a éste, mediante oficios sucesivos de 24 de mayo y 2 de junio de 2022, a fin de que subsanara tal defecto, lo que éste hizo finalmente el mismo día 2 de junio de 2022, aportando el apoderamiento otorgado a su favor por la Sra. C.

Tercero

Mediante Resolución de 5 de junio de 2022, la SGT de la Consejería de Salud tuvo por iniciado el procedimiento general de responsabilidad patrimonial, con efectos del día 3 de junio de 2022, y se nombró instructor del procedimiento.

Tal Resolución fue notificada el día 19 de junio de 2022 al Letrado Don L.M.O.

Cuarto

El 14 de junio de 2022, el Instructor solicitó, mediante la oportuna comunicación dirigida a la Dirección del Área de Salud de La Rioja Hospital San Pedro, la remisión de la siguiente documentación:

“-Cuantos antecedentes existan y aquellos datos e informes que estime de interés relacionados con la asistencia prestada a E.A.E.

-Aquellos datos e informes relacionados con la asistencia prestada a E.A.E.

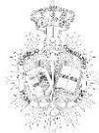
-Copia de la historia clínica relativa a la asistencia reclamada, exclusivamente.

-Informe de los facultativos intervinientes sobre la asistencia prestada”.

Quinto

La antedicha solicitud fue atendida por el Gerente del Servicio Riojano de Salud mediante escrito de 2 de octubre de 2022, al que se acompañaba copia de la Historia Clínica así como los informes y anexos aportados por el Dr. A.F.y Dra. G.G. (ambas Adjuntas del Departamento de Enfermedades Infecciosas); Dra. A.M.(Médico de Urgencia Hospitalaria); Dras. .M. (Adjunta y Residente MI de Guardia); Dra. L.E. (Facultativa Especialista de Área de Oncología Médica.); y las ATS/DUE D^a. A.Z. y D^a. F.M.

Sexto



Acompañada de escrito de 5 de octubre de 2022, el Instructor remitió copia del expediente de responsabilidad patrimonial a la Dirección General de Humanización, Prestaciones y Farmacia, solicitando el oportuno informe, a emitir por el Médico Inspector correspondiente, en torno a los aspectos esenciales de la reclamación, con el fin de facilitar la elaboración de la propuesta de resolución sobre la reclamación planteada.

Séptimo

El informe de la Inspección, de 28 de noviembre de 2022, en base a los hechos reflejados y a la bibliografía consultada, establece las siguientes conclusiones:

“En base a los hechos reflejados y a la bibliografía consultada se desprenden las siguientes conclusiones:

1. D. E.A.E. fue derivado al Sº de Urgencias del Hospital San Pedro de Logroño, por el servicio de urgencias de Atención Primaria de Navarrete el día 08-06-2022 con impresión diagnóstica de fiebre por neutropenia vs neumonía.

En el Sº de Urgencias del Hospital San Pedro se le realizó determinación de antígeno SARS- CoV2 (CLIA) en una muestra de frotis nasofaríngeo, con resultado positivo.

Como resultado de las pruebas complementarias realizadas en dicho servicio, fue diagnosticado de Neumonía bilateral por SARS COV2 FINE V.

El grado V en la escala FINE, utilizada para para evaluar Neumonía adquirida en la Comunidad, es el grado más severo y se asocia a riesgo alto de mortalidad en 30 días (27- 29.2%).

Por lo que, considerando ambas circunstancias (positividad SARS COV2 y diagnóstico de neumonía grave), estaba indicado su ingreso en el área Covid-19-Sº Enfermedades Infecciosas, de acuerdo con el Protocolo de actuación para pacientes afectados por Coronavirus del Hospital San Pedro.

2. El conjunto del proceso asistencial de D. E.A.E. en el Hospital San Pedro de Logroño (asistencia en el Sº de Urgencias, protocolo de ingreso, pruebas diagnósticas, tratamiento administrado, cuidados proporcionados por el personal sanitario), se realizó de acuerdo con el Protocolo de actuación Coronavirus, elaborado por el Dr. J.A.R., Jefe del Departamento de Enfermedades Infecciosas, con la colaboración de los Servicios de Enfermedades Infecciosas, Microbiología, Neumología y la Dirección del Hospital Universitario San Pedro de Logroño. Disponible en la historia clínica electrónica del SERIS (SELENE).

Dicho protocolo se ajustaba a los criterios y a los conocimientos, aportados por la comunidad científica, acerca de la enfermedad provocada por coronavirus, Covid 19, en el momento en que D. E.A.E. fue atendido en el Hospital San Pedro y en concreto a los Documentos técnicos para profesionales correspondientes a la. enfermedad por nuevo coronavirus, Covid 19, publicados por el Ministerio de Sanidad del Gobierno de España.

3. Dexametasona, Remdesivir y Tozilizumab, fármacos que se administraron al paciente para el tratamiento específico del cuadro de neumonía FINE V por SARS COV 2 del que fue diagnosticado, se encontraban recogidos en el Anexo I de la Resolución de 30 de marzo de 2021, de la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios (AEMPS), en la que se determinan los medicamentos considerados esenciales en la gestión de la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-193.



Dichos fármacos, se emplearon de acuerdo con las especificaciones establecidas en sus correspondientes fichas técnicas, según recomendación de la AEMPS.

4. El éxito del paciente, no puede atribuirse a un «mal diseño terapéutico», ni a «negligente atención médica», ya que tanto durante la asistencia de D. E.A.E. en el Sº de Urgencias del Hospital San Pedro, como durante su ingreso en el Sº de Enfermedades Infecciosas, cada una de las actuaciones terapéuticas que se le realizaron fueron adecuadas en tiempo, indicación, posología y vía de administración y como ya se ha indicado en el punto anterior, ajustadas al Protocolo de actuación Coronavirus del Hospital San Pedro. Además, es preciso considerar, que, en cuanto al pronóstico del paciente en términos de supervivencia, éste presentaba severos factores de mal pronóstico:

-Antecedentes personales de insuficiencia renal, dos procesos tumorales activos concomitantes en estadio avanzado, tratamiento quimioterápico la semana previa. Todos ellos conocidos factores de inmunosupresión.

-Paciente al que se le propuso vacunación COVID, de acuerdo con el protocolo de vacunación COVID, en base a los factores de riesgo que presentaba y la rechazó por decisión propia.

-Diagnosticado a su ingreso de neumonía bilateral FINE V.

5. La no autorización para que al paciente le fueran administradas soluciones de dióxido de cloro o de soluciones de clorita de sodio, no puede considerarse «pérdida de oportunidad», ya que se trata de productos que no están autorizados para el tratamiento de ninguna enfermedad en España y no existen pruebas, de ningún tipo, de que pueda usarse para tratar o prevenir la infección por coronavirus, e incluso existen advertencias emitidas por organismos oficiales acerca del riesgo y los efectos nocivos que su uso puede ocasionar. Tampoco es posible considerar el tratamiento con dichos productos con carácter de uso compasivo, ya que quedan excluidos del ámbito de aplicación del Real Decreto 1015/2009, de 19 de junio, por el que se regula la disponibilidad de medicamentos en situaciones especiales, al tratarse de productos cuyo uso no está autorizado para el tratamiento de esa patología, ni para el de ninguna otra en España, ni en el extranjero, ni está en fase de autorización, ni siendo sometido a ensayos clínicos previos a la misma.

Por otra parte, en el artículo 12-3 del Código de Deontología Médica de la Organización Médica Colegial, se indica: Si el paciente exigiera del médico un procedimiento que éste, por razones científicas o éticas, juzgase inadecuado o inaceptable, el médico, tras informarle debidamente, quedará dispensado de actuar.

6. El proceso de sedación del paciente se ajustó a la Guía de sedación paliativa de la Organización Médica Colegial (OMG) y la Sociedad Española de Cuidados Paliativos (SECPAL). Desde que dicho procedimiento estuvo clínicamente indicado, los profesionales sanitarios responsables de la atención del paciente informaron al propio paciente y a su esposa acerca de procedencia del mismo, su objeto y modo de administración y se respetaron los tiempos y pautas que paciente y esposa expresamente indicaron acerca de la administración del citado proceso de sedación.

7. Como consta en la historia clínica (SELENE), tanto el paciente como su familia (esposa) recibieron información, en el Sº de Urgencias durante su estancia en el mismo y en el Sº de Enfermedades Infecciosas a lo largo de su ingreso, acerca de diagnósticos, alternativas de tratamiento, pronóstico, normativa interna y de seguridad en contexto de situación de pandemia, de acuerdo con lo establecido en el artículo 4 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

Conclusión final:



Considerando los datos recogidos en la historia clínica de D. E.A.E. 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".

Octavo

El 7 de diciembre de 2022, tuvo entrada en la Oficina de Registro Virtual de Entidades Locales (ORVE) del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital el escrito de 6 de diciembre, dirigido al Departamento de Salud de La Rioja, por el que el representante de Doña A. C. interesaba la emisión de *“certificación de actos presuntos producido en el procedimiento administrativo relativo a la reclamación patrimonial contra el Servicio Madrileño de Salud, por la atención médica recibida por Don J.H.G., fallecido el día 22 de junio de 2021”*.

No obstante, el error padecido por el representante de la reclamante al identificar al esposo de ésta, la SGT de la Consejería de Salud emitió el día 12 de diciembre de 2022 certificación de acto presunto, acreditativa del transcurso del plazo de seis meses desde la interposición de la reclamación formulada por la primera sin haberse dictado resolución expresa.

Tal certificación fue recibida por el Letrado representante de la reclamante el mismo día 12 de diciembre de 2022.

Noveno

En fecha que no consta, la Sra. C. interpuso recurso contencioso administrativo frente a la desestimación, por silencio, de la reclamación de responsabilidad patrimonial a que se refiere el presente dictamen.

Turnado dicho recurso al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de esta ciudad, éste admitió el mismo y, mediante Oficio de 22 de febrero de 2023, requirió al Servicio Riojano de Salud, a fin de que remitiera el expediente administrativo.

No consta el estado de la tramitación de tal procedimiento judicial.

Décimo

En el expediente obra el informe médico pericial emitido a instancia de *PROMEDE* por el Dr. I.S.G.(Especialista en Medicina Interna), fechado el 19 de febrero de 2023, que establece las siguientes:



“V.- CONCLUSIONES GENERALES

1.- El paciente ingresó con una neumonía por SARS-CoV-2 (COVID-19) muy grave, con una probabilidad de mortalidad a los 30 días que podría llegar al 100% de los casos, según algunos esquemas de puntuación.

2.- Se le administraron los tratamientos que en aquellas fechas estaban recomendados por las guías de las Sociedades Científicas, las propias de los hospitales y las de las Comunidades Autónomas, avaladas por el Ministerio de Sanidad, en las indicaciones aprobadas por las guías y que se adaptaban a la situación particular del paciente.

3.- Se denegó la administración de dióxido de cloro porque es un producto con ausencia total de evidencia científica en relación con su eficacia en la enfermedad causada por el SARS-CoV-2 y por los riesgos para la salud humana. No ha sido sometido a ninguna evaluación o autorización por las autoridades competentes que garantice que la relación beneficio/riesgo sea positiva para la población. Tampoco entra dentro de los supuestos para administrarlo como uso compasivo.

4.- La muerte no se produjo por la actuación de los médicos y del personal sanitario, que hicieron todo lo posible y recomendado para salvar la vida del paciente, sino por la situación de gravedad que ya presentaba al ingreso.

VI.- CONCLUSIÓN FINAL

Desde mi punto de vista no hay mala praxis en el caso expuesto y todos los procedimientos se hicieron de acuerdo a la lex artis”.

Undécimo

Mediante escrito de 22 de marzo de 2022, se dio traslado a la reclamante, de la apertura del preceptivo trámite de audiencia.

El Letrado representante de la reclamante recibió dicho escrito el 26 de marzo de 2023.

Duodécimo

El día 27 de marzo de 2023, la Letrada D^a Y.A. dirigió un correo electrónico, desde la dirección X@X.es, a la dirección facilitada por la SGT en la comunicación de apertura del trámite de audiencia, por el que solicitaba le fuera remitida copia de la documentación obrante en el expediente.

A pesar de que en el expediente no constaba que la reclamante hubiera otorgado la representación a tal Letrada, la SGT remitió a ésta la documentación obrante en el expediente, mediante correo electrónico de 28 de marzo de 2023, dirigido a la antedicha dirección X@X.es.



La reclamante no formuló alegaciones durante el trámite de audiencia.

Décimo tercero

Con fecha 27 de abril de abril de 2023 el Instructor del expediente emite propuesta de Resolución en la que propone “*Que se desestime la reclamación que por responsabilidad patrimonial de esta Administración formula A.C.T. porque no es imputable el perjuicio alegado, cuya reparación se solicita, al funcionamiento del Servicio Público*”.

Décimo cuarto

La Secretaría General Técnica, el día 4 de mayo de 2023, remitió a la Dirección General de los Servicios Jurídicos, para su preceptivo informe, el expediente íntegro.

Tal informe, emitido el 11 de mayo de 2023, es favorable a la propuesta de resolución.

Décimo quinto

El transcurso de seis meses, desde el inicio del procedimiento (13/12/2021) sin que haya recaído resolución expresa puede entenderse como contraria a la indemnización solicitada (artículo 91.3º de la Ley estatal 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas, en adelante LPACAP).

En este caso, el citado plazo ha expirado a la fecha de emisión de este dictamen, si bien no hay ninguna vinculación con el sentido desestimatorio por silencio, de suerte que la resolución final del procedimiento puede ser estimatoria, total o parcial, o desestimatoria (art. 24.3 LPACAP).

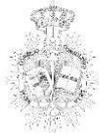
Antecedentes de la consulta

Primero

Por escrito firmado, enviado y registrado de salida electrónicamente con fecha 12 de mayo de 2023, la Excm. Sra. Consejera de Salud del Gobierno de La Rioja, remite 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 12 de mayo de 2023, 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, 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

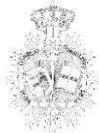
Necesidad y ámbito del Dictamen del Consejo Consultivo

En el presente caso, se reclama una indemnización superior a 50.000 euros (en concreto, 60.000 euros), por lo que nuestro dictamen es preceptivo, a tenor de lo establecido en el artículo 11 -g) de la Ley 3/2001, de 31 de mayo, del Consejo Consultivo de La Rioja, en relación con: i) el art. 65.4 de la Ley riojana 4/2005, de 1 de junio, de Funcionamiento y régimen jurídico de la Administración de la CAR; y, ii) el art. 81.2 de la LPACAP; preceptos de los que resulta que procede recabar el dictamen del Consejo de Estado o del Órgano consultivo de la Comunidad Autónoma respectiva, en este caso el Consejo Consultivo de La Rioja, cuando el importe de la indemnización reclamada sea de cuantía igual o superior a 50.000 euros.

En cuanto al contenido del dictamen, a tenor del art. 81.2, párrafo 3, de la LPACAP, el mismo ha de 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, considerando los criterios previstos en la LPACAP, así como en el art. 34.2 de la Ley estatal 40/2015, de Régimen jurídico del Sector Público (LRJSP), que se remite a los criterios de la legislación en materia fiscal, de expropiación forzosa y demás normas aplicables, ponderándose, en su caso, las valoraciones predominantes en el mercado; y pudiendo, en los supuestos de muerte o lesiones corporales, tomar como referencia la valoración incluida en los baremos de la normativa vigente en materia de seguros obligatorios y de la Seguridad Social.

Segundo

Sobre los requisitos exigidos para que surja la responsabilidad patrimonial de



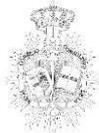
las Administraciones Públicas

1. Nuestro ordenamiento jurídico (art. 106.2 de la Constitución y 32.1 y 32.2 de la LRJSP, 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, en principio, para la responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria, si bien, como ya dijimos, entre otros, en nuestro dictamen D.3/07, “*la responsabilidad no surge sin más por la existencia de un daño, sino del incumplimiento de una obligación o deber jurídico preexistente, a cargo de la Administración, que es el de prestar la concreta asistencia sanitaria que el caso demande: es esta premisa la que permite decir que la obligación a cargo de los servicios públicos de salud es de medios y no de resultado, de modo que, si los medios se han puesto, ajustándose la actuación facultativa a los criterios de la lex artis ad hoc, la Administración ha cumplido con ese deber y, en consecuencia, no cabe hacerla responder del posible daño causado, pues no cabe reconocer un título de imputación del mismo*”.

Como señala la STS de la STS, Sala 3ª, de 10 de mayo de 2005, recurso de casación 6595/2001, en su FJ 4º, que: “...como este Tribunal Supremo tiene dicho en jurisprudencia consolidada -y que, por lo reiterada, excusa la cita- el hecho de que la responsabilidad extracontractual de las Administraciones públicas esté configurada como una responsabilidad objetiva no quiere decir, ni dice, que baste con haber ingresado en un centro hospitalario público y ser sometido en el mismo al tratamiento terapéutico que el



equipo médico correspondiente haya considerado pertinente, para que haya que indemnizar al paciente si resultare algún daño para él. Antes, al contrario: para que haya obligación de indemnizar es preciso que haya una relación de nexo causal entre la actuación médica y el daño recibido, y que éste sea antijurídico, es decir: que se trate de un daño que el paciente no tenga el deber de soportar", debiendo entenderse por daño antijurídico, el producido (cuando) no se actuó con la diligencia debida o no se respetó la lex artis ad hoc".

Tercero

Sobre la doctrina de la pérdida de oportunidad

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*



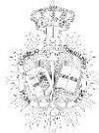
incorrectamente o con omisión de medios...” (STS de 13 de julio de 2005).

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 10 de 20 de marzo de 2018, debe constatarse que *“la actuación médica omitida pudiera haber evitado o mejorado el deficiente estado de salud del paciente, con la consecuyente 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 existencia de responsabilidad patrimonial en el presente supuesto

1. Tesis de la reclamante. Motivación y prueba

En su escrito inicial, la Sra. C. reprocha al Servicio de Salud haber errado en el diagnóstico de su esposo; haberle atendido de forma negligente; no haber recabado su consentimiento con carácter previo a la administración del tratamiento farmacológico que le fue pautado; y no haber permitido que la reclamante le administrara dióxido de cloro, lo que considera, entrañó una pérdida de oportunidad para su esposo.

Sin embargo, no indica el motivo por el que, a su juicio, el diagnóstico que emitieron los facultativos que asistieron a su esposo fue incorrecto e incluso negligente, ante el cuadro clínico que éste presentaba, el resultado de las pruebas que le fueron practicadas y su evolución.

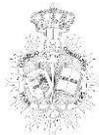
No detalla cuáles fueron las concretas actuaciones médicas, durante la estancia de su esposo en el Hospital San Pedro, que considera negligentes ni, por ende, argumenta su reproche al respecto.

Tampoco ofrece argumento alguno que permita poner en duda la corrección del tratamiento farmacológico que le fue administrado o del que se desprenda que precisara el consentimiento informado del paciente.

Y, por último, no señala el motivo por el que considera que la negativa de los facultativos a permitirle administrar a su esposo dióxido de cloro entrañó una pérdida de oportunidad para éste, máxime cuando ella misma califica tal compuesto de “*tratamiento compasivo*”.

En definitiva, en tal escrito la reclamante lanza una batería de reproches frente a la Administración Sanitaria que podemos comprender, teniendo en cuenta el dolor que, sin duda, le ocasionó la pérdida de su esposo, la que, por descontado, lamentamos, pero no constituyen base suficiente para dictaminar en favor de sus pretensiones indemnizatorias, habida cuenta de que no los ha dotado de mayor concreción durante la sustanciación del procedimiento, ni los ha acompañado de una prueba suficiente que permita concluir que, durante el proceso asistencial de éste, se conculcó la *lex artis* y/o se le privó de un posible tratamiento que hubiera evitado o pospuesto su fallecimiento.

De hecho, ni formuló alegaciones en el trámite de audiencia, una vez dispuso de la



información completa obrante en la historia clínica de su esposo, ni aportó prueba que refrendara sus reproches.

Así las cosas, este Consejo no dispone de otra información y prueba pericial que la que obra en el expediente, cuyo examen abordamos a continuación.

2. Análisis de la asistencia sanitaria prestada a Don E.A.E. a que se refiere la reclamación formulada por su esposa

De la documentación obrante en el expediente se desprende que Don E. A. fue trasladado en Ambulancia al Servicio de Urgencias del Hospital San Pedro el día 8 de junio de 2021, derivado por el facultativo de guardia del Centro de Salud de Navarrete con un juicio clínico de fiebre por neutropenia o neumonía, aquejado de fiebre de 39°, hiporexia y astenia, tras un cuadro de tres días de evolución caracterizado por tos no productiva, malestar general y fiebre.

El paciente padecía un carcinoma urotelial de alto grado, estadio IV, adenocarcinoma de recto y metástasis, habiendo sido sometido a un ciclo de quimioterapia días antes.

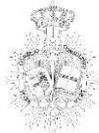
Y había rechazado la vacunación COVID, propuesta específicamente en su caso, en base a los factores de riesgo que presentaba, antes de iniciar el tratamiento de quimioterapia en 2021.

A su llegada al Servicio de Urgencias, entre otras pruebas, se realizó al paciente un test de Antígeno SARS-COV2 (CLIA), mediante muestra de frotis nasofaríngeo, que arrojó resultado positivo, por lo que, tras administrarle tratamiento farmacológico y colocarle reservorio para suministro de oxígeno, dado su bajo índice de saturación, se indicó su ingreso a cargo del Servicio de Enfermedades Infecciosas, con diagnóstico de Neumonía bilateral por SARS COV2 FINE V, descartándose su ingreso a cargo de la UMI (Unidad de Medicina Intensiva), por la situación avanzada de su enfermedad oncológica.

La Inspección Médica considera, en su informe, que ante ambas circunstancias (resultado positivo SARS COV2 y diagnóstico de neumonía grave), de acuerdo con el protocolo de actuación para pacientes afectados por coronavirus del Hospital San Pedro, se hallaba indicado su ingreso en el área de Enfermedades Infecciosas.

Y, a falta de alegación y prueba que permita poner en duda tal extremo, hemos de aceptarlo, máxime una vez analizado el citado protocolo, que así lo confirma.

Durante la estancia del paciente en el Hospital a cargo del antedicho Servicio, precisó aporte de oxígeno, que fue incrementándose progresivamente a medida que transcurrían los días y exigiendo refuerzo de cloruro mórfico para evitarle sufrimiento y, más adelante,



midazolam.

Fue tratado con antibióticos, paracetamol y “Remdesivir”, fármaco éste del que este Consejo sólo sabe, según información obtenida a través de la página web del Ministerio de Sanidad, que se trata de un medicamento antiviral de alto espectro, desarrollado por una concreta empresa biofarmacéutica, que fue utilizado para ensayos clínicos al inicio de la pandemia del COVID y cuya comercialización en España fue autorizada en 2020 para el tratamiento de COVID-19 en adultos y adolescentes mayores de 12 años con neumonía que requirieran oxígeno.

Tampoco podemos, en este caso, poner en duda las conclusiones de la Inspección Médica al respecto de la corrección del tratamiento farmacológico administrado al paciente, pues nada se ha alegado ni probado, por parte de la reclamante, que nos permita siquiera cuestionarlas.

En cuanto a la “*pérdida de oportunidad*” que, según la tesis de la reclamante, entrañó que se le denegara administrar al paciente dióxido de cloro, cabe destacar que, aun admitiendo a efectos dialécticos que se trate de un “*tratamiento compasivo*” y, como tal, tendente a evitar sufrimiento al paciente, parece claro que su administración no habría evitado o pospuesto el fatal desenlace en ningún caso, de forma que no consideramos que concurren los presupuestos para aplicar la doctrina jurisprudencial a que hemos hecho referencia.

Y, en cualquier caso, no habiéndose aportado por la reclamante prueba alguna de la que se desprenda que tal compuesto pudiera haber reportado algún efecto favorable al paciente, no podemos sino aceptar las conclusiones de la Inspección Médica, según las cuales tal producto no está autorizado para el tratamiento de ninguna enfermedad en España y no existen pruebas de que puedan usarse para tratar o prevenir la infección por coronavirus, e incluso existan advertencias emitidas por organismos oficiales acerca del riesgo y los efectos nocivos que su uso puede ocasionar.

CONCLUSIÓN

Única

Procede desestimar la reclamación de responsabilidad patrimonial objeto de este procedimiento, al no poderse reputar acreditado ni constar indicio alguno en el expediente del que se desprenda que la asistencia prestada a Don E.A.E., desde su ingreso en el Servicio de Urgencias del Hospital San Pedro, el día 8 de junio de 2021, hasta su fallecimiento en igual centro hospitalario el día 24 de junio de 2021, fuera negligente, contraria a la *lex artis* o entrañara una pérdida de oportunidad para tal paciente, no concurriendo, en consecuencia,



CONSEJO CONSULTIVO
DE
LA RIOJA

los requisitos de causalidad y antijuricidad del daño exigibles en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración.

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.

José Ignacio Pérez Sáenz
PRESIDENTE DEL CONSEJO CONSULTIVO