



León, 22 de julio de 2019

Consejería de la Presidencia de la Junta de Castilla y León
Ilmo. Sr. Secretario General
Plaza de Castilla y León, 1
47071 - VALLADOLID

Expediente: 923/2019

Asunto: Lista de espera para radioterapia (Zamora) / Resolución
Centro directivo: Consejería de Sanidad

Ilmo. Sr.:

De nuevo nos dirigimos a V.I. una vez recibido el informe solicitado en relación con el expediente que se tramita en esta Institución con el número arriba indicado, referencia a la que rogamos haga mención en ulteriores contactos que llegue a tener con nosotros.

Como recordará V.I. el motivo de la queja era la situación de la Unidad de Radioterapia de Zamora. Concretamente se ponía de manifiesto la existencia de una importante lista de espera por diversos motivos, así como la falta de atención al paciente XXX, sometido a cuidados paliativos y que requería ser atendido para mitigar el dolor.

Admitida la queja a trámite e iniciada la investigación oportuna sobre la cuestión planteada, nos dirigimos a V.I. en solicitud de información correspondiente a la problemática que constituye el objeto de aquélla.

En atención a nuestra petición de información se remitió por esa Administración autonómica informe en el cual se hacía constar:

- **Que el paciente, pese a ser derivado al Servicio de Radioterapia y Radiofísica en marzo de 2018, no recibió el tratamiento por estar el aparato averiado y el facultativo que lo realiza de baja, habiendo fallecido antes de la tramitación de la queja.**
- Que la plantilla está conformada por tres facultativos y dos radiofísicos. Esta plantilla se ve reducida tradicionalmente en período vacacional a dos

Procurador del Común de Castilla y León



facultativos y dos radiofísicos.

- Que la actividad asistencial se ajusta a lo establecido en el RD 1566/1998, de 17 de julio, y recogida en el Anexo III.
- Que en los doce últimos meses (informe de 3 de junio de 2019), la actividad habitual de la unidad se vio interrumpida ocho días por cuatro revisiones obligatorias, y doce días por avería de acelerador.
- Que aunque se ha procedido a la contratación de un cuarto facultativo y un tercer radiofísico de forma temporal, no ha sido posible absorber las demoras por diversas circunstancias, entre ellas diversas bajas laborales que no han podido ser cubiertas.

A la vista de lo informado, procede realizar una serie de consideraciones: primero en relación con la problemática particular de XXX, y en segundo lugar sobre el funcionamiento de la Unidad en General.

En cuanto al primero de los aspectos citados, observamos con preocupación los hechos ocurridos, que desembocaron en que el paciente falleciera sin recibir el tratamiento paliativo para su dolor. Consideramos que se trata de un caso del que podría deducirse **responsabilidad patrimonial de la Administración** al haberse producido una lesión que posiblemente el paciente no tenía el deber jurídico de soportar.

Dentro de los supuestos de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas tiene especial relevancia, por su propia especificidad, los casos de responsabilidad médica.

En términos generales, para que una reclamación de esta naturaleza pueda prosperar, han de concurrir los siguientes requisitos: a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas. b) Que el daño o lesión patrimonial sufrida por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal —es indiferente la calificación— de los servicios públicos en una relación directa e inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando, el nexo causal. c) Ausencia de fuerza mayor. d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño cabalmente causado por su propia conducta.

Ahora bien, cuando se trata de reclamaciones derivadas de la actuación médica o sanitaria, la jurisprudencia viene declarando (SSTS de 25 de abril de 2007, 3 de julio de 2007, 13 de julio de 2007, 30 de octubre de 2007, 9 de diciembre de 2008 y 29 de junio de 2010) «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 ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente». Y es que como viene diciendo reiteradamente el Tribunal Supremo, la actividad médica y la obligación del profesional es de medios y no de resultados (SSTS 3 de octubre de 2000, 21 de diciembre de 2001, 10 de mayo de 2005 y 16 de mayo de 2005, entre otras muchas). La adopción de los medios al alcance del servicio, en cuanto supone la acomodación de la prestación sanitaria al estado del saber en cada momento y su aplicación al caso concreto atendiendo a las circunstancias del mismo, trasladan el deber de soportar el riesgo al afectado y determinan que el resultado dañoso que pueda producirse no sea antijurídico.

Cuestión distinta es si concurre una pérdida de expectativas o lo que nuestra jurisprudencia llama “pérdida de oportunidad”.

La doctrina de la llamada “pérdida de oportunidad” se incardina dentro del ámbito de los procedimientos de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas y ha ido siendo diseñada por nuestra jurisprudencia.

La misma fue acogida en la jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo en las Sentencias de 13 de julio y 7 de septiembre de 2005, así como en las de 4 y 12 de julio de 2007, configurándose 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. Sin embargo, 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.

Las sentencias del Tribunal Supremo de 16 de enero de 2012 y 16 de febrero de 2011 recuerdan, con cita de la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de setiembre de 2010 que la «privación de expectativas, denominada por nuestra jurisprudencia de “pérdida de oportunidad” —sentencias de 7 de septiembre de 2005, 26 de junio de 2008 y 25 de junio de 2010— se concreta en que basta con cierta probabilidad de que la actuación médica pudiera evitar el daño, aunque no quepa afirmarlo con certeza para que proceda la indemnización por la totalidad del daño sufrido, pero sí para reconocerla en una cifra que estimativamente tenga en cuenta la pérdida de posibilidades de curación que el paciente sufrió como consecuencia de ese diagnóstico tardío de su enfermedad, pues, 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 pone a disposición de las administraciones sanitarias», insistiendo, con cita de la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 2008, en que «acreditado que un tratamiento no se ha manejado de forma idónea o, que lo ha sido con retraso, no puede exigirse al perjudicado la prueba de que, de actuarse correctamente, no se habría llegado al desenlace que motiva su reclamación. Con tal forma de razonar se desconocen las especialidades de la responsabilidad pública médica y se traslada al afectado la carga de un hecho de demostración imposible... Probada la irregularidad, corresponde a la Administración justificar que, en realidad, actuó como le era exigible. Así lo demanda el principio de la "facilidad de la prueba", aplicado por esta Sala en el ámbito de la responsabilidad de los servicios sanitarios de las administraciones públicas». La sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2016 reitera que «tal doctrina exige que concurra un supuesto estricto de incertidumbre causal, esto es 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».

En el presente caso parece que ha podido concurrir una “pérdida de oportunidad” en la medida en que no se ha proporcionado al paciente el cuidado paliativo que su dolor requería. Por tanto existe una incertidumbre más que razonable acerca de que la actuación médica omitida pudiera haber evitado o minorado el deficiente estado de salud del paciente, y ello debería ser determinante a la hora de valorar la eventual responsabilidad patrimonial en que la Administración sanitaria ha podido incurrir.

En segundo lugar, y desde una perspectiva más general, parece evidente que existen deficiencias en la Unidad que deben ser solventadas. Ciertamente es que observamos esfuerzos por parte de esa Administración para reducir la lista de espera existente y que se vio incrementada por las averías del acelerador o por las bajas y otros problemas del personal que presta sus servicios en la Unidad. Pero tampoco resulta fácil obviar las consecuencias que estos retrasos pueden tener en la vida diaria de los pacientes de cáncer y en la evolución de sus dolencias.

En virtud de todo lo expuesto, y al amparo de las facultades conferidas por el Estatuto de Autonomía de Castilla y León y por la Ley 2/1994, de 9 de marzo, del Procurador del Común consideramos oportuno formular la siguiente **Resolución**:

PRIMERA: Que por parte del órgano competente de esa Consejería se inicie de oficio el pertinente procedimiento de responsabilidad patrimonial a fin de valorar el daño producido a XXX y a la posible “pérdida de oportunidad” a consecuencia de la imposibilidad de recibir el tratamiento



paliativo en la Unidad de Radioterapia.

SEGUNDA: Que por parte de los órganos competente de la Administración autonómica y especialmente por la Consejería de Sanidad, se lleve a cabo un análisis y seguimiento a fondo de la situación en el Servicio de Radioterapia y Radiofísica del Hospital Virgen de la Concha organizando adecuadamente el mismo tanto desde la perspectiva del personal como de la planificación de consultas.

Esta es nuestra resolución y así se la hacemos saber, con el ruego de que nos comunique de forma motivada la aceptación o no aceptación de la misma por parte del órgano que corresponda de la Consejería de Sanidad en el plazo de dos meses, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 19.2 de la Ley Reguladora de la Institución.

Una vez realizadas las comunicaciones oportunas, se acuerda publicar la presente Resolución en la página web de esta Institución, previa disociación de los datos de carácter personal que contuviera.

Pendiente de sus noticias, reciba un cordial saludo.

Atentamente,

EL PROCURADOR DEL COMÚN
Tomás Quintana López