



Consejo Consultivo de Canarias

DICTAMEN 248/2016

(Sección 1ª)

La Laguna, a 2 de septiembre de 2016.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Consejero de Sanidad del Gobierno de Canarias en relación con la *Propuesta de Orden resolutoria del procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado por la reclamación de indemnización formulada por (...), por daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario (EXP. 230/2016 IDS)**.

FUNDAMENTOS

I

1. El objeto del presente dictamen, solicitado por el Excmo. Sr. Consejero de Sanidad, es la Propuesta de Resolución de un procedimiento de reclamación de la responsabilidad patrimonial extracontractual del Servicio Canario de la Salud iniciado el 19 de octubre de 2012 por (...) en solicitud de una indemnización de 116.465 euros por los daños que alega que le ha causado la deficiente asistencia médica que le ha prestado el Servicio Canario de la Salud.

2. La cuantía de la indemnización solicitada determina la preceptividad del Dictamen, la competencia del Consejo Consultivo de Canarias para emitirlo y la legitimación del Excmo. Sr. Consejero de Sanidad para solicitarlo, según los arts. 11.1.D.e) y 12.3 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias, en relación el primer precepto con el art. 142.3, de carácter básico, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC).

3. Concurren los requisitos de legitimación activa y pasiva. Se reclama por daños personales causados entre los meses de julio a diciembre del año 2012. La

* Ponente: Sr. Brito González.

reclamación se presentó el 19 de octubre de 2012, dentro, pues, del plazo que fija el art. 142.5 LRJAP-PAC, por lo que no es extemporánea.

4. El órgano competente para resolver es la Dirección del Servicio Canario de la Salud, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 60.1.n) de la Ley 11/1994, de 26 de julio, de Ordenación Sanitaria de Canarias.

En principio, el órgano competente para instruir y proponer la resolución del procedimiento es la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud, de conformidad con el art. 15.1 del Decreto 212/1991, de 11 de septiembre, de Organización de los Departamentos de la Administración Autonómica, en relación con los arts. 10.3 y 15.1 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Servicio Canario de la Salud (aprobado por el Decreto 32/1995, de 24 de febrero). Pero por Resolución de 22 de abril de 2004 (BOC nº 98, de 21 de mayo) se delegó en los Directores Gerentes de Hospitales del Servicio Canario de la Salud de las Áreas de Salud de Tenerife y Gran Canaria y Gerentes de los Servicios Sanitarios de las Áreas de Salud de La Palma y Lanzarote la competencia para la tramitación de los expedientes de responsabilidad patrimonial que se deriven de su respectivo ámbito de actuación, por la que el presente procedimiento ha sido instruido por la Gerencia del Hospital Universitario Nuestra Señora de Candelaria. (HUNSC), ya que en este centro sanitario se prestó la asistencia por la que se reclama.

5. Conforme al art. 13.3 del Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RPAPRP), aprobado por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, el plazo máximo para la tramitación del procedimiento es de seis meses, plazo que en el presente procedimiento se ha superado. Sin embargo, esta circunstancia no impide que se dicte la resolución porque la Administración está obligada a resolver expresamente, aun vencido dicho plazo, en virtud del art. 42.1 LRJAP-PAC, en relación con los arts. 43.3, b) y 142.7 de la misma Ley.

6. En la tramitación del procedimiento se han observado las prescripciones que lo regulan. Así, consta en el expediente que la reclamación fue correctamente calificada y admitida a trámite, tras su subsanación (art. 6.2 RPAPRP). Se han realizado asimismo los actos necesarios para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales debe pronunciarse la Resolución (art. 7 RPAPRP), emitiéndose en particular el preceptivo informe del Servicio a cuyo funcionamiento se imputa la causación del daño (art. 10.1 RPAPRP,) y que es el del Jefe del Servicio de Toco-Ginecología del HUNSC.

También se solicitó informe al Servicio de Rehabilitación (Unidad de Patología Linfática) y al Servicio de Inspección y Prestaciones del Servicio Canario de la Salud para que, a la vista de la historia clínica y de los informes médicos, analizara la existencia o no de nexo causal entre la asistencia sanitaria prestada a la paciente y los daños alegados.

Por parte del órgano instructor, en período probatorio, se admitió la documental incorporada por la Administración y la documental propuesta por la interesada.

Finalizada la instrucción del procedimiento, se abrió el preceptivo trámite de vista del expediente y audiencia que se notificó a la interesada, la cual, presentó alegaciones que reiteraban las vertidas en su escrito de reclamación.

Se redactó por la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud la Propuesta de Resolución, de sentido desestimatorio de la reclamación, que fue sometida a informe a la Asesoría Jurídica departamental, según lo dispuesto en el art. 20.j) del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Servicio Jurídico del Gobierno de Canarias (aprobado por Decreto 19/1992, de 7 de febrero). El 28 de junio de 2016, se emitió este informe que consideró la Propuesta de Resolución conforme a Derecho.

II

La fundamentación fáctica de la reclamación es la siguiente:

El 18 de julio de 2011 su médico de atención primaria le diagnosticó a la interesada una inversión del pezón izquierdo y la remitió al ginecólogo de su Centro de Atención Especializada (CAE) de El Mojón.

El 18 de agosto de 2011, en dicho CAE es explorada, le hacen una mamografía y la citan para el día 16 de noviembre de 2011 a fin de informarle del resultado de la prueba. A finales de octubre de 2011, la citaron telefónicamente para que acudiera al Servicio de Toco-Ginecología del HUNSC el 2 de noviembre de 2011. En dicha fecha le hacen una ecografía de mama cuyo resultado arrojó la existencia de nódulos sospechosos de 2 centímetros subareolar mama izquierda que se biopsia con resultado de carcinoma infiltrante, de patrón macroglandular, axila no sospechosa, mama derecha sin imágenes sospechosas. La facultativa que la atiende le informa de que los resultados de la ecografía y de la mamografía fundamentan un diagnóstico de sospecha de posible cáncer.

El 10 de noviembre de 2011 le realizan otra ecografía, pruebas analíticas y radiografías del tórax, siendo diagnosticada de cáncer en el seno izquierdo y le programan una intervención quirúrgica para mastectomía y extracción del ganglio centinela, a realizar en el HUNSC el 21 de diciembre de 2011.

Diez días antes de la operación (es decir, al día siguiente de la realización de las pruebas médicas, 11 de noviembre de 2011) notó un pequeño bulto en la axila lo cual indicaba que el cáncer había migrado a los ganglios.

El 21 de diciembre de 2011, fue intervenida. Alega la reclamante que la operación fue practicada incorrectamente porque, sin motivo justificado, no se le colocó un expansor para la posterior reconstrucción del pecho. La biopsia intraoperatoria del ganglio centinela encontró micro afectaciones (que no se apreciaban en las ecografías realizadas el 2 y 11 de noviembre de 2011) por lo que le tuvieron que hacer una linfadenectomía, extirpándole 17 ganglios.

Con base en esos hechos alega:

«A resultas de la asistencia recibida se me han producido los siguientes daños o secuelas:

- 1) Mastectomía.
- 2) Linfedema del brazo.

Por lo tanto, el principal daño deriva del enorme lapso de tiempo transcurrido desde la primera consulta sanitaria realizada hasta la fecha en la que me diagnostican el cáncer de mama, o me entregan el resultado de la primera mamografía realizada (más de tres meses), así como del lapso de tiempo transcurrido desde el resultado de dicha mamografía hasta la realización de la operación correspondiente (un mes y once días), siendo su consecuencia principal el linfedema del brazo, ya que me tuvieron que retirar 17 ganglios, y en la actualidad no puedo realizar mi vida diaria con normalidad. (...).

Asimismo, las consecuencias en los estudios de extensión podían haber resultado peores debido al lapso del tiempo transcurrido, ya que el cáncer se podía haber extendido a otras zonas de mi cuerpo.

Además, al realizar la rehabilitación, el Servicio de Rehabilitación expresó claramente que “presentaba como complicación precoz tras la cirugía limitación en el balance articular del hombro en el contexto de AXILLARY WEB SYNDROM, ESCAPULA ALATA en relación con paresia del N. torácico largo y LINFEDEMA por linfadenectomía”, y que “en fecha 13 de marzo de 2012 presentaba limitación últimos grados de balances articulares del hombro, linfedema blando leve-moderado, escápula alata leve-moderada con escasa repercusión funcional, así como que no debía realizar tareas pesadas con el miembro superior izquierdo”.

Otro de los daños más claros que se me han producido, es que no me colocaron el expansor para la posterior reconstrucción del pecho, a pesar de estar programado, lo cual deriva en que durante casi un año no he tenido pecho (con el daño moral que ello supone), y en que tenga que someterme a una nueva operación para su reconstrucción, con los perjuicios que ello conlleva.

Por último, hay que añadir que debido a los daños morales que se me han ocasionado como consecuencia de las lesiones descritas y el lapso de tiempo transcurrido hasta la operación, he tenido que ser atendida en diversas ocasiones por el psicólogo (...), en el Centro de Atención Integral a la Discapacidad.

Derivado de todo lo anterior, he solicitado en fecha 10 de enero de 2012 el reconocimiento del grado de discapacidad».

III

El informe del Servicio de Inspección y Prestaciones, con base en la documentación clínica e informes médicos obrantes en el expediente, considera que «no es posible determinar con exactitud la cantidad de retraso necesario para ocasionar un daño irreversible a la paciente en términos de disminución de la supervivencia por carcinoma de mama, lo que es indudable es que la propensión del tumor a metastizar aumenta con el tiempo. Se considera que los seis meses de retraso es una cifra a partir de la cual se puede considerar retraso con negligencia; por debajo de este plazo la cantidad del retraso o la supervivencia de la paciente suele ser irrelevante. Los estándares europeos establecen que el tiempo desde que se realiza la mamografía del programa hasta que la paciente es evaluada por la Unidad de Mama no debe ser superior a tres semanas, retrasos mayores de 20 semanas entre la mamografía y el diagnóstico se han asociado con un aumento de tamaño del tumor y un incremento del riesgo de aparición de metástasis axilares».

El informe termina calificando desfavorablemente la reclamación con estas CONCLUSIONES:

«1. Analizada la documentación, consideramos que el intervalo de tiempo (3 meses) desde que se practicó la mamografía, el 18.08.11, con lectura por especialista en un plazo de 10 días, hasta el 2 de noviembre de 2011 cuando se practican las pruebas recomendadas por el radiólogo, para una mamografía clasificada como BI-RADS III (hallazgos probablemente benignos) se encuentra entre los criterios razonables de espera.

Según la Agencia de Evaluación de Tecnologías Sanitarias (AETS) para el diagnóstico de las lesiones mamarias detectadas en cribado poblacional de cáncer de mama mediante

mamografía: BI-RADS 3 se corresponde con una imagen probablemente benigna, o baja probabilidad de malignidad que aconseja seguimiento periódico mamográfico y excepcionalmente, PAAF o biopsia con aguja gruesa.

2. No se constata progresión de la enfermedad, ni por el tamaño, ni por la afectación ganglionar (16 ganglios negativos para metástasis), ni por el estadiaje ni por el tratamiento pautado (no recibió quimioterapia ni radioterapia), ni por la evolución seguida hasta la fecha actual.

3. El tratamiento quirúrgico del cáncer de mama, las posibles opciones quirúrgicas consisten en una cirugía conservadora de la mama (excisión local del tumor) seguida de radioterapia, o una mastectomía (disección completa de la mama), ambas asociadas o no a linfadenectomía axilar mamaria.

Las opciones quirúrgicas para tratar el tumor de mama en este caso por tratarse de tumor central lo aconsejable es la mastectomía. La selección del enfoque terapéutico apropiado depende de la ubicación y tamaño de la lesión, del análisis de la mamografía, del tamaño de la mama y de la actitud de la paciente acerca de la preservación de la mama.

En este caso se realizó mastectomía más linfadenectomía axilar izquierda por ser positiva la biopsia intraoperatoria del GC.

4. Considerando el tamaño del tumor desde el principio según consta en la mamografía de agosto, con las dimensiones ecografía de 2 de noviembre, con las mediciones del informe de la biopsia de la pieza resecada, no se objetiva crecimiento en el tiempo transcurrido por tanto, el tipo de tratamiento hubiera sido el mismo.

5. La valoración clínica y ecográfica axilar fueron negativas en todo momento, por ello se programa para disección de Ganglio centinela intraoperatoriamente a fin de constatar si microscópicamente existía afectación celular metastásica, como efectivamente se demostró. Ello no permite ni afirmar ni descartar que la microafectación linfática estaba presente desde la fecha de la mamografía. Lo que sí es cierto que en 16 ganglios extirpados (Niveles IX y III) NO existía afectación.

El linfedema como complicación descrita de la cirugía necesaria no guarda relación con afectación del plexo braquial, como refiere la reclamante sino con el sistema vascular periférico. Linfedema por otra parte inexistente.

La neoplasia maligna de mama (Código CIE-9-Mc: 174) tiene un periodo estándar de incapacidad temporal de 240 días, por tanto no se valorarán los días hospitalarios ni los inherentes al proceso clínico.

6. No se practicó la reconstrucción inmediata al haber sido positivo el GC, y necesitar conocer si los 16 ganglios extirpados estaban afectados. Que en caso afirmativo habría requerido tratamiento complementario quimioterápico y/o radioterápico.

Si a la paciente se le realiza reconstrucción inmediata y después se le detecta afectación de los ganglios linfáticos, la radioterapia que precisaría después de la reconstrucción mamaria puede afectar de forma negativa a los resultados estéticos de la reconstrucción además de las dificultades a la hora de administrar las dosis radioterápicas correctas y a los campos dianas planificados, con la mama reconstruida.

Por otra parte, de haber sido necesario administrar quimioterapia adyuvante después de la resección del tumor, en caso de reconstrucción mamaria inmediata hay dudas sobre un posible efecto perjudicial por la concurrencia de ambos procedimientos. Por esta razón puede suceder que para evitar esos posibles efectos negativos se retrase la quimioterapia y por tanto las expectativas de curación.

7. La reconstrucción mamaria mediante expansor de haberse practicado, requiere necesariamente un segundo tiempo quirúrgico, primero para sustituir el expansor por un implante definitivo y en segundo lugar para practicar mastopexia en la mama sana ptósica (caída) e hipoplásica a fin de conseguir simetría corporal (...).

Por tanto, tener que practicar reconstrucción mamaria diferida, como segunda cirugía es un acontecimiento que se habría producido de todas maneras.

8. Un diagnóstico de cáncer supone un fuerte impacto emocional. La incertidumbre, el miedo y diferentes niveles de ansiedad son inherentes en las personas afectadas por una enfermedad. Estos elementos tienen un nivel más alto de expresión e intensidad en los procesos oncológicos dado su posible compromiso vital y de disminución de la calidad de vida.

9. El tiempo transcurrido para la realización de la prueba de confirmación diagnóstica es adecuado si consideramos que se clasificó la mamografía como BI-RADS III. Sin embargo, no podemos conocer en el caso concreto de la reclamante, qué probabilidad de empeoramiento pudo producir el tiempo transcurrido y cómo afectaron aquellos tres meses en la evolución de la enfermedad.

Por otra parte, de la historia clínica de la reclamante, se desprende que respondió al tratamiento, su evolución fue favorable sin que se haya objetivado posteriormente recidiva de la patología oncológica».

IV

1. Según el art. 139.1 LRJAP-PAC, el primer requisito para el nacimiento de la obligación de indemnizar por los daños causados por el funcionamiento de los servicios públicos es, obvia y lógicamente, que el daño alegado sea consecuencia de dicho funcionamiento. La carga de probar este nexo causal incumbe al reclamante, según el art. 6.1 RPAPRP, precepto éste que reitera la regla general que establecen los apartados 2 y 3 del art. 217 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento

Civil (LEC), conforme a la cual incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento y la de su extinción al que la opone. Por esta razón, el citado art. 6.1 RPAPRP exige que en su escrito de reclamación el interesado especifique la relación de causalidad entre las lesiones y el funcionamiento del servicio público; y proponga prueba al respecto concretando los medios probatorios dirigidos a demostrar la producción del hecho lesivo, la realidad del daño, el nexo causal entre uno y otro y su evaluación económica. Sobre la Administración recae el *onus probandi* de la eventual concurrencia de una conducta del reclamante con incidencia en la producción del daño, la presencia de causas de fuerza mayor o la prescripción de la acción, sin perjuicio del deber genérico de objetividad y colaboración en la depuración de los hechos que pesa sobre la Administración (arts. 78.1 y 80.2 LRJAP-PAC) y del principio de facilidad probatoria (art. 217.7 LEC) que permite trasladar el *onus probandi* a quien dispone de la prueba o tiene más facilidad para asumirlo, pero que no tiene el efecto de imputar a la Administración toda lesión no evitada, ni supone resolver en contra de aquella toda la incertidumbre sobre el origen de la lesión (STS de 20 de noviembre de 2012).

2. La primera lesión que la reclamante alega que le ha causado la asistencia sanitaria prestada consiste en la mastectomía que le practicaron; pero, no ha aportado ni propuesto prueba alguna que demuestre que la práctica de la mastectomía constituyó una negligencia profesional. Conforme a lo señalado en el apartado anterior, esta circunstancia bastaría para la desestimación de su pretensión de resarcimiento por ese tratamiento quirúrgico.

La interesada alega que la mastectomía fue impuesta por el retraso producido entre el diagnóstico del tumor y su resección (más de tres meses desde la primera consulta hasta el diagnóstico de cáncer de mama, y un mes y once días más hasta que se le realiza la intervención quirúrgica). Con esta alegación parece apuntar que si se le hubiera intervenido antes entonces el tumor no habría crecido y no habría sido necesaria la mastectomía para su extirpación. Esta posibilidad queda descartada por la documentación médica obrante en su historia clínica: el 18 de agosto de 2011 se le realizó una mamografía que permitió detectar una lesión dudosa de 20,2 mm. de diámetro en el pecho izquierdo; y el 21 de diciembre de 2011 se le intervino quirúrgicamente y se le extrajo el tumor cuyo estudio anatomopatológico estableció que medía 2,2 cm. Estas pruebas médicas objetivas demuestran que entre el 18 de agosto de 2011, fecha en la que se constata la existencia de un nódulo sospechoso, y el 21 de diciembre de 2011, fecha en la que se extrae, éste no había crecido.

Por consiguiente, el retraso alegado no tuvo ninguna influencia en el tamaño del tumor el cual permaneció inalterado en sus dimensiones; lo que constituye un dato que nos hace suponer que la incidencia del retraso producido en el desarrollo de la enfermedad no tuvo el alcance que señala la reclamante, no constando en el expediente prueba alguna que desvirtúe tal aseveración.

Por lo demás, está acreditado que la reclamante padecía un carcinoma de mama ductal infiltrante localizado en el centro del seno izquierdo. Esta ubicación central del tumor impone la realización de la mastectomía para su resección. La práctica de la mastectomía fue, por tanto, un acto terapéutico necesario para extirpar el cáncer, exigido por la propia patología de la paciente y que consiguió su curación.

Alega que también se le produjo daño a causa de que no le colocaron el expansor para la posterior reconstrucción del pecho, a pesar de estar programado, lo que motiva que durante ese tiempo estará sin pecho y el sometimiento a una nueva operación. Ello también debe igualmente desestimarse pues consta en el informe de la inspectora médica anteriormente transcrito (conclusiones nº 6 y 7) los motivos por los que no se pudo colocar el expansor.

Por todo lo expuesto, la asistencia sanitaria recibida que concluyó con la práctica de la mastectomía sólo se puede calificar como conforme a la *lex artis ad hoc*, la cual, según definición jurisprudencial (SSTS de 26 marzo de 2004, de 11 abril 2014, de 19 abril 2011, entre otras); consiste fundamentalmente en proporcionar unos medios para prevenir o curar la enfermedad, pero sin garantizar sus resultados, porque la Medicina no ha alcanzado el grado de perfección que le permita la curación de todas las enfermedades y la evitación de la irreversibilidad de los estados patológicos ligados al devenir de la vida humana. La obligación de los servicios de salud es una obligación de actuar, sin que incluya la de responder en términos absolutos por las consecuencias de la actuación sanitaria; porque, hoy por hoy, no se puede garantizar la recuperación de la salud, sino tan sólo asegurar que se emplean todas las medidas conocidas para intentarlo y que se aplican correctamente de acuerdo con el estado de los conocimientos médicos y las circunstancias personales del paciente. El funcionamiento de dicho servicio consiste en el cumplimiento de una obligación de medios, no de resultados. Por esta razón no están causados por la asistencia sanitaria pública los daños cuya aparición se debe a la irreversibilidad de estados patológicos, al carácter limitado de los conocimientos de la ciencia médica y a la manifestación de efectos secundarios iatrogénicos inherentes a muchos

tratamientos médicos, o a los riesgos conocidos que generan pero que se asumen, porque su probabilidad de plasmación es más o menos remota y es mayor la probabilidad de obtener resultados positivos.

3. La segunda lesión alegada por la reclamante estriba en la linfadenectomía que le practicaron y su secuela iatrogénica consistente en el linfedema que padeció temporalmente.

Por el documento de consentimiento informado que suscribió la paciente (páginas 107-108 de expediente) y por las explicaciones médicas del informe de la inspectora-médica, está fuera de duda que si el estudio intraoperatorio del ganglio centinela, el primero al que se extienden las células tumorales desde la mama, indica que está afectado por éstas, que si el carcinoma infiltrante es menor de tres cm., y que si la paciente no ha presentado afectación clínica o ecográfica axilar (macroscópica), circunstancias todas que concurrían en el caso de la reclamante, entonces la *lex artis ad hoc* impone la extirpación de los ganglios linfáticos axilares (linfadenectomía) para su estudio, ya que si éste demuestra que están afectados, ello será prueba de la diseminación de células tumorales, lo cual obligará a la adopción de otras medidas terapéuticas oncológicas. En resumen, como el ganglio centinela estaba afectado, la linfadenectomía fue conforme a la *lex artis ad hoc* por lo que, igualmente con lo que sucede con la mastectomía, no representa una lesión antijurídica indemnizable, calificación que se extiende a su secuela iatrogénica temporal, el linfedema.

Además, tanto de la necesidad de practicar la linfadenectomía, en caso de que el ganglio centinela estuviera afectado, como la posibilidad de que causara ese daño iatrogénico fueron advertidas a la paciente por medio del documento en el que expresó su previo consentimiento informado a la operación. El consentimiento informado (arts. 8 y 10 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la Autonomía del paciente y de los derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica) constituye uno de los títulos jurídicos que obliga al paciente a soportar los daños derivados de un acto médico correcto. La paciente, en cuanto asumió los beneficios que pudieran derivarse de la intervención quirúrgica, asumió también las consecuencias dañosas de la probable realización del riesgo que comportaba. El consentimiento informado del paciente hace recaer sobre él la carga de soportar los daños que puedan producirse, bien porque el tratamiento es infructuoso, bien porque, aun alcanzando el resultado perseguido, se producen efectos perjudiciales secundarios. Por esta razón, como ya señalamos, el linfedema y

la incapacitación que temporalmente lo acompañó carecen del carácter de lesiones antijurídicas y, por ende, no son indemnizables. A ello se añade que la reclamante tampoco ha aportado ni propuesto prueba que demuestre que la práctica de la linfadenectomía constituyó una negligencia profesional.

4. Por último, complementando lo señalado en el apartado 1 de este Fundamento, del contenido de la reclamación se desprende la producción de un daño motivado por el retraso de las actuaciones médicas llevadas a cabo; en concreto, la posible afectación con células malignas del ganglio centinela debida al retraso en practicar la operación quirúrgica en tiempo.

Frente a ello, se debe tener en cuenta que los recursos del servicio público de salud no son ilimitados. Están fuera de sus posibilidades atender instantáneamente toda demanda de asistencia sanitaria, por lo que se han de establecer criterios de naturaleza médica para atender ordenadamente a todos los pacientes. Deben ser atendidos inmediatamente aquellos cuya vida o su salud quedaría gravemente comprometida de no recibir asistencia médica; los demás, deben ser atendidos con la presteza que requiera su estado. Esa presteza se determina por criterios médicos tales como si la evolución de la patología origina riesgo de muerte o de lesiones irreversibles o invalidantes y la asistencia oportuna evita la progresión de la enfermedad o sus secuelas. Si conforme a ellos un paciente no recibe asistencia oportunamente y ello determina que sufra una lesión, entonces se estaría ante una infracción de la *lex artis ad hoc* porque una asistencia médica que por tardía es infructuosa merece la calificación de deficiente y los daños que haya producido ese retraso son imputables al funcionamiento anormal del servicio público de salud.

La Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, de carácter básico, dispone en su art. 4 que son derechos de los ciudadanos la asistencia sanitaria en su comunidad autónoma de residencia en un tiempo máximo en los términos recogidos en el art. 25. El primer apartado de este último dispone que «en el seno del Consejo Interterritorial se acordarán los criterios marco para garantizar un tiempo máximo de acceso a las prestaciones del Sistema Nacional de Salud, que se aprobarán mediante Real Decreto. Las Comunidades Autónomas definirán los tiempos máximos de acceso a su cartera de servicios dentro de dicho marco».

El Real Decreto 1039/2011, de 15 de julio, estableció los criterios marco para garantizar un tiempo máximo de acceso a las prestaciones sanitarias del Sistema

Nacional de Salud. Su art. 2 excluye de su ámbito de aplicación la atención sanitaria de urgencia, y su anexo establece en 180 días el tiempo máximo de acceso garantizado a los usuarios del Sistema Nacional de Salud para las intervenciones quirúrgicas de cirugía cardiaca valvular y coronaria, de cataratas y de prótesis de cadera y de rodilla.

Su art. 4.1 explica que esos plazos se han establecido aplicando los criterios de gravedad de las patologías, el motivo de la atención y la eficacia de la intervención: La intervención quirúrgica es eficaz para aumentar la supervivencia, disminuir la discapacidad o mejorar la calidad de vida del usuario y oportunidad de la intervención, y su realización temprana evita la progresión de la enfermedad o las secuelas de la misma.

El art. 4.2 dice:

«Los servicios de salud de las Comunidades Autónomas concretarán en su ámbito territorial las garantías previstas en este real decreto, estableciendo unos tiempos máximos de acceso para la atención sanitaria programable. Para ello, utilizarán como referente los tiempos máximos establecidos en el anexo y tendrán en cuenta si los procesos o patologías a los que van dirigidos las intervenciones tienen un especial impacto en la salud o en la calidad de vida del usuario».

El vigente Real Decreto 605/2003, de 23 de mayo, tiene por objeto establecer los criterios, indicadores y requisitos mínimos, básicos y comunes en materia de información sobre las listas de espera de consultas externas, pruebas diagnósticas/terapéuticas e intervenciones quirúrgicas correspondientes a los centros y servicios del Sistema Nacional de Salud, a fin de alcanzar un tratamiento homogéneo de éstas para el conjunto del sistema que permita el análisis y evaluación de sus resultados, necesidades y funcionamiento (art. 1) y, por consiguiente, las definiciones y criterios contenidos en sus anexos se establecen únicamente a los efectos de los datos que forman parte del Registro del Sistema Nacional de Salud.

Su Anexo III establece, con esa limitada y estadística finalidad, los criterios de prioridades para inclusión en lista de espera para consulta externa y/o prueba diagnóstica/terapéutica, que son los siguientes:

Prioridad 1: solicitud preferente. Será aquella solicitud que debe realizarse en un período máximo de 15 días.

Prioridad 2: solicitud ordinaria. Solicitud de consulta o prueba complementaria en la que no concurren otros elementos de prioridad.

La Orden Departamental, de 15 de mayo de 2003, en su redacción actual dada por la Orden Departamental de 26 de diciembre de 2006, establece los plazos máximos de respuesta a determinados procedimientos quirúrgicos a cargo del Servicio Canario de la Salud, entre los que se encuentra (criterio 58) las mastectomías y fijando un plazo máximo de acceso garantizado de 150 días.

En su art. 3 señala que los plazos máximos de respuesta garantizados, y que se detallan en el Anexo I de esta Orden, empezarán a contar desde la fecha de la indicación quirúrgica por el facultativo responsable.

En sus arts. 5 y 6 se dispone que el Servicio Canario de la Salud establecerá los procedimientos oportunos para que los pacientes a los que se les haya indicado la realización de una intervención quirúrgica puedan acceder a la información sobre su inclusión y situación en el registro de pacientes en lista de espera del hospital en el que fue indicado el proceso y la posibilidad de derivación hacia otros hospitales de la Red Hospitalaria de Utilización Pública o concertados a los pacientes pendientes de intervención.

Como garantía de lo anterior, su art. 7 establece, que transcurrido el plazo máximo de garantía establecido en el Anexo I, el paciente podrá optar por continuar en la lista de espera del centro que ha indicado la intervención, o comunicar a la Dirección del Área de Salud correspondiente su decisión de ser intervenido en centro alternativo, siguiendo para ello el procedimiento establecido en el citado artículo. No obstante, el art. 8 prevé la posibilidad de suspender el plazo máximo de intervención quirúrgica cuando, según criterio facultativo, concurren circunstancias derivadas de su proceso asistencial o de una enfermedad sobrevenida, que hagan inconveniente realizar la intervención quirúrgica prevista.

En este supuesto la paciente fue atendida por un especialista en el plazo de un mes desde que presentó la retracción del pezón izquierdo, realizándose una mamografía ese mismo día (18 de agosto), que determinó que el hallazgo era probablemente benigno y que requería control médico a los seis meses para valorar su estabilidad (categoría BI-RADS III); se le practica mamografía el 2 de noviembre y biopsia, que da un resultado sugestivo de malignidad; fue citada para nueva mamografía y valoración médica especializada para el 8 de noviembre; es incluida en lista de espera quirúrgica el 10 de noviembre; y es finalmente operada el 21 de diciembre de ese año 2011.

La anterior narración temporal de la asistencia médica recibida constata que desde que se determinó por un facultativo la necesidad de intervención quirúrgica hasta que ésta se llevó a efecto transcurrieron 50 días, lapso temporal notablemente inferior a los 150 días fijados como tiempo máximo de respuesta para la enfermedad padecida por la reclamante. Por lo que tampoco, por esta supuesta razón, hay obligación de indemnizar daño alguno.

Por todo ello, ha de concluirse que no concurren los elementos necesarios para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración, pues de lo anteriormente expuesto se desprende con meridiana claridad que se produjo un correcto funcionamiento del servicio público sanitario, cuyos facultativos actuaron conforme a la *lex artis ad hoc*.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución sometida a dictamen, que desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial interpuesta, es conforme a Derecho.