



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 6 8 / 2 0 1 3

(Sección 1ª)

La Laguna, a 12 de marzo de 2013.

Dictamen solicitado por la Excm. Sra. Consejera de Sanidad en relación con la *Propuesta de Orden resolutoria del procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado por la reclamación de indemnización formulada por M.Á.G.M. y C.L.R., en nombre y representación de su hijo, C.L.G.L., por daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario (EXP. 38/2013 IDS)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por la Excm. Sra. Consejera de Sanidad, es la Propuesta de Resolución de un procedimiento de reclamación de la responsabilidad patrimonial extracontractual del Servicio Canario de Salud por el funcionamiento anormal de su servicio de asistencia sanitaria.

2. Atendiendo a la fecha de presentación de la reclamación, la preceptividad del Dictamen, la competencia del Consejo Consultivo para emitirlo y la legitimación de la Excm. Sra. Consejera de Sanidad para solicitarlo resultan de los arts. 11.1.D.e) - en su redacción anterior a su modificación por la Ley 5/2011, de 17 de marzo- y 12.3 de la Ley del Consejo Consultivo de Canarias, en relación el primer precepto con el art. 12, de carácter básico, del Reglamento de los procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial, RPRP, aprobado por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo.

3. Concurren los requisitos de legitimación activa y pasiva y de no extemporaneidad de la reclamación.

* PONENTE: Sr. Fajardo Spínola.

4. Conforme al art. 13.3 RPRP el plazo máximo para la tramitación del procedimiento es de seis meses, plazo que se ha superado ampliamente en este procedimiento; 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 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, LPAC, en relación con los arts. 43.3.b) y 142.7 de la misma.

5. En la tramitación del procedimiento no se ha incurrido en defectos procedimentales que impidan un Dictamen de fondo.

II

1. Los padres de un menor reclaman en nombre de éste porque, el 12 de marzo de 2008, en una consulta programada, la pediatra, ante la inflamación que presentaba en un testículo el bebé de cinco meses de edad, consideró la inflamación leve y la calificó de orquitis, pautando tratamiento y revisión al día siguiente. Sin embargo, se trataba de una torsión testicular que por no haber sido diagnosticada y tratada oportunamente, determinó la pérdida del testículo afectado.

2. En el expediente está acreditado que al día siguiente los padres llevaron al niño al Servicio de Urgencias del centro Dr. Jaime Chaves, antiguo Hospitalito de Niños, en vez de asistir a la consulta concertada con la Pediatra de cabecera para revisión de la inflamación. El médico que les atiende, en el Servicio de Urgencias, sospecha hernia inguinal o torsión testicular y deriva al paciente con carácter urgente al Servicio de Urgencias del Hospital Universitario Ntra. Sra. de Candelaria, en adelante HUNSC, sugiriendo realizar una ecografía si se considerara necesario.

El informe del médico de urgencias hospitalarias, Dr. H.Y., del Servicio de Urgencias del Hospital Universitario Ntra. Sra de Candelaria, ese día 13 de marzo de 2008, describe teste izquierdo con pequeño aumento de volumen, teste algo doloroso en polo inferior. Seguidamente comunica con el Cirujano Pediátrico quien le indica que el paciente acuda a la consulta externa de Cirugía Pediátrica, a las 11 horas del día siguiente, 14 de marzo de 2008.

El día 14 de marzo de 2008 se le practica ecografía eco-doppler con resultado de torsión testicular izquierda y flujo doppler presente en teste derecho con límites normales.

El menor es operado de urgencia, hallándose el teste izquierdo torsionado y necrótico por lo que, al ser inviable, se realiza orquidectomía izquierda.

El día 15 de abril de 2008 el menor cursa ingreso para ser intervenido el 16 de abril de orquidopexia, con la finalidad de evitar una futura torsión del genital derecho.

3. El informe del facultativo especialista del Servicio de Inspección y Prestaciones, que se recoge sustancialmente en la Propuesta de Resolución y que es elaborado a la vista de la historia clínica del menor y de los informes de los facultativos que lo atendieron, expresa las siguientes consideraciones y conclusiones:

"1.- La torsión testicular es la rotación axial del cordón espermático que interrumpe la vascularización venosa y arterial al teste y a las estructuras circundantes en el escroto, comprometiendo la viabilidad del mismo Como resultado se obtiene una obstrucción aguda del flujo venoso con edema secundario que evoluciona hacia la obstrucción arterial y la necrosis del órgano.

2 - Las manifestaciones clínicas de la torsión pueden ser parecidas a otros cuadros por lo que habrá de realizarse un diagnóstico de sospecha en un principio y posteriormente, uno diferencial hasta establecer el diagnóstico definitivo.

En ocasiones, los diagnósticos son evaluados por diferentes facultativos, por lo que entendemos que al último en valorar la situación del enfermo, le resultará más fácil concluir un diagnóstico definitivo, apoyándose en los diferentes diagnósticos de sospecha precedentes y sustentándose en diagnósticos diferenciales que ya se han ido descartando.

Al tiempo, consideramos que no debe exigirse a un Pediatra de Atención Primaria, una prestación asistencial con el mismo nivel de conocimiento que pueda tener un Cirujano Pediátrico hospitalario, especialista en Urología Pediátrica.

3 - Según la literatura médica consultada, el diagnóstico diferencial gravitará en torno a

- Causas vasculares torsión testicular o del cordón espermático, torsión de los apéndices testiculares (sobre todo de la torsión de la Hidátide de Morgam) e infarto testicular.

- Causas infecciosas Orquitis aguda, Epididimitis, Orquiepididimitis y la gangrena de Fournier.

- Otros Hidrocele agudo, Hernia inguinoescrotal.

4 - La torsión testicular es más frecuente en neonatos y adolescentes, aunque puede ocurrir también en adultos que acusen una intensa actividad física por mor de su trabajo o afición (Fuente Eyre RC, 2008 y Solá Galarza 1, 2007).

La torsión testicular es más frecuente en neonatos y adolescentes, aunque puede ocurrir también en adultos que acusen una intensa actividad física por mor de su trabajo o afición (Fuente Eyre RC, 2008 y Solá Galarza I, 2007).

5 - El dolor escrotal es brusco e intenso en la torsión testicular y en la exploración se aprecia un testículo doloroso al tacto, inflamado y de mayor tamaño que el contiguo El teste aparece horizontalizado (Signo de Gouverneur) y el dolor no se alivia al elevarlo, incluso empeora (Signo de Prehn) Generalmente hay ausencia del Reflejo Cremasterico (Reflejo cutáneo que aparece al rozar la cara superointerna del muslo, produciendo la elevación del teste homolateral o la contracción de la pared abdominal) (Fuente Sola Galarza 1, 2007, Tekgul S, 2008, Ravmowitz R, 1984).

Es un signo patognomónico de torsión del apéndice testicular, la decoloración azul a través de la piel y el dolor limitado al polo superior del teste (Fuente Galejs LE, 1999) En caso de torsión del apéndice testicular, el dolor suele ser mas insidioso, el reflejo cremastérico suele estar conservado y generalmente no precisará cirugía.

En las orquitis, epididimitis u orquiepididimitis, el signo de Gouvemeur es muy raro y el signo de Prehn es positivo.

D - CONCLUSIONES

1 - En el caso que nos ocupa, no queda suficientemente bien acreditado, cuándo se inicia la torsión del teste izquierdo.

Al respecto, el factor tiempo es crucial, pues pasado un determinado periodo continuado de isquemia, estimado en 6 horas o incluso menos, la funcionalidad y conservación, de la gónada, son prácticamente imposibles.

2 - Constatamos que un niño de 5 meses de edad suele despertarse entre las 6 00 y las 7 00 de la mañana ya que necesita alimento y cambio de pañal Precisa del orden de 5 a 7 tomas de alimento al día (principalmente leche, aunque ya come papillas de frutas, verduras y cereales sin gluten) junto con varios cambios de pañal en la misma jornada. Por tanto, a lo largo del día 12 de marzo de 2008, habría podido manifestar algún síntoma -Llorar, estar irritable, no querer alimento- que alarmase a los padres y les hiciera acudir durante la mañana (urgente y sin cita), a su centro de salud

No fue así, y optaron por acudir a su cita programada de Atención al Niño Sano en Atención Primaria, por la tarde (alrededor de las 16 00 h) del día 12 de marzo de 2008.

3 - Tampoco queda garantizado que se debiese sospechar una torsión testicular, habida cuenta que por la escasez de síntomas, no era posible definir tal patología, el niño estaba tranquilo, sin náuseas ni vómitos y sin dolor intenso a la palpación genital.

La orquitis suele tener una evolución más larvada y prolongada en el tiempo - como ciertamente así parecía en un principio- mientras que en el caso de las torsiones, la progresión suele ser más aguda y abrupta .

4 - No debe señalarse al Servicio Publico por sospechar un diagnóstico u otro. La sospecha diagnóstica no surge de un ejercicio de nutrición sino muy al contrario es un trabajo deductivo por razón de síntomas y signos En el caso examinado aquellos no eran indicativos de torsión testicular. Por tanto, la propia patología no mostró las señales que le concernían, generando confusión en el diagnóstico, no siendo aquel achacable al Servicio Publico.

Es menester advertir que un diagnóstico de sospecha o propedeutica clínica para identificar una enfermedad, se sustenta siempre en la anamnesis Ésta comprende la información proporcionada por el paciente (en este caso por los progenitores pues se trataba de un menor de 5 meses de edad), sus antecedentes familiares y personales además de la semiológica que identifica síntomas y signos, a los que hay que añadir la exploración física y las pruebas complementarias que se solicitaran en base a la referida anamnesis. No cabe deducir una expectativa diagnóstica sin esta sistemática.

Por tal propósito, no debe confundirse un retraso diagnóstico con un actuar tomando decisiones a medida que la enfermedad va conformando su sintomatología en el paciente Por lo tanto podemos argumentar que si el paciente hubiera visitado el Servicio de Urgencias del Centro de Salud (el día 13 de marzo de 2008) en lugar de acudir al HNSDC, con la sintomatología que presentaba ese día, a buen seguro, se le habría remitido urgentemente al Servicio de Cirugía Pediátrica a través del Servicio de Urgencias del Hospital Universitario Nuestra Señora de Candelaria.

5. Indicar en relación con la atención prestada, que una vez conocido el diagnóstico definitivo de una patología y siempre a posteriori, es posible especificar

con relativa facilidad, que pruebas nos hubieran guiado, antes a descubrirla, de haber existido Pero cuando no existen síntomas suficientes, -como en el caso examinado- que nos hagan sospechar la patología que posteriormente se observara, no es justificable la solicitud de aquellas, ni tampoco se deben realizar todas de manera invariable.

Dos de los facultativos diagnosticaron orquitis y orquiepididimitis y un tercero diagnostico hernia inguinal o torsión testicular con dudas, por lo cual entendemos que ni por la clínica, ni por la sintomatología ni tampoco por la exploración, resultaba concluyente el diagnóstico.

6 - La evolución sufrida y la falta de cumplimiento de las recomendaciones efectuadas por parte de los reclamantes, (no acudieron al día siguiente, 13 de marzo de 2008) no debe atribuirse a una inadecuada actuación por parte del servicio sanitario público, máxime cuando no es posible saber que hubiera decidido la Medico Peditra del Centro de Salud, ese día, a la vista de la evolución del cuadro clínico del paciente.

Llama la atención que los padres, lejos de ir a la consulta programada de la Peditra al día siguiente por la tarde (13 de marzo de 2008), deciden acudir al Hospitalito de Niños, por la noche a las 20:15 h. Acaso la sintomatología no fue lo suficientemente apremiante para los padres del menor, no solo para no acudir a la consulta pediátrica de su Centro de Salud por la tarde, sino para posponer el acudir a un Servicio de Urgencias hasta por la noche de ese mismo día (Como venimos mencionando, 13 de marzo de 2008, a las 20:15 h) De estimar necesario acudir a un Servicio de Urgencias, tal vez hubiese sido más lógico asistir el día 13 de marzo de 2008, a primera hora de la mañana.

7 - Por las razones expuestas, en este caso, debe desestimarse la existencia de relación de causalidad entre esta omisión del empleo de medios recomendados y el daño sufrido (Perdida testicular por torsión), dado que la evidencia científica señala que la recuperabilidad funcional de la gónada en isquemia esta sujeta al plazo transcurrido desde que esta se instaura, produciéndose normalmente la perdida de células reproductoras tras 4 a 6 horas del inicio del cuadro, la perdida de células secretoras hormonales tras 8 a 10 horas del inicio y la perdida de viabilidad anatómica del teste, en los casos de torsión de grado completo, transcurridas 6 horas.

Colegimos que cuando se intuyó por primera vez un diagnóstico correcto pero aun compartido con otro de sospecha en el Hospitalito de Niños, el periodo de

tiempo transcurrido era supuestamente, cuando menos, de 27 horas y 15' minutos, no existiendo entonces ninguna viabilidad para el rescate anatómico m funcional del teste afectado, máxime cuando es conocido por la literatura científica, que aquella es inversamente proporcional a la duración de la torsión.

(Informe del Dr. A.A., Medico de Urgencias del Servicio de Urgencias Pediátrico Dr. Jaime Chaves, con fecha 10 de abril de 2009, en referencia al día 13 de marzo de 2008 a las 20:15h).

8 - Entendemos que en el proceso de toma de decisiones, la impresión diagnóstica emitida y las pautas dadas al alta en la visita al Servicio de Urgencias del HUNSC fueron justificadas, al ser proporcionadas al grado de sintomatología presentada y a la exploración realizada.

9 - Por todo lo anterior, constatamos que no se han observado ni deducido actuaciones contrarias, inadecuadas o desajustadas de la lex artis médica toda vez que no puede establecerse la existencia de un nexo causal entre la actuación y funcionamiento de los servicios asistenciales del Servicio Canario de la Salud y el supuesto resultado lesivo o adverso objeto de la reclamación, no quedando resuelto ni probado por parte del reclamante, argumento alguno que contradiga la consabida lex artis, ni que hubo incumplimiento y/o infracción de la misma así como tampoco queda aclarado el momento inicial de la torsión del teste y, por ende, no cabe establecer responsabilidad patrimonial alguna para el Servicio Canario de la Salud”.

III

1. La *lex artis ad hoc* se define de la siguiente manera:

“Las Sentencias de 7 de febrero de 1990 (RJ 1990, 668) y 29 de junio de 1990 (RJ 1990, 4945) expresaron: «que la actuación de los médicos debe regirse por la denominada lex artis ad hoc, es decir, en consideración al caso concreto en que se produce la actuación e intervención médica y las circunstancias en que las mismas se desarrollen y tengan lugar, así como las incidencias inseparables en el normal actuar profesional», y ampliando dicha síntesis conceptual, cabe afirmar: que se entiende por «lex artis ad hoc», como aquel criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico ejecutado por el profesional de la medicina, ciencia o arte médica, que tiene en cuenta las especiales características de su autor, de la profesión, de la complejidad y transcendencia vital del paciente y, en su caso, de la influencia en otros factores endógenos (estado o intervención del enfermo, de sus familiares, o de

la misma organización sanitaria), para calificar dicho acto de conforme o no con la técnica normal requerida (derivando de ello tanto el acervo de exigencias o requisitos de legitimación o actuación lícita, de la correspondiente eficacia de los servicios prestados y, en particular, de la posible responsabilidad de su autor médico por el resultado de su intervención o acto médico ejecutado; siendo sus notas: 1) como tal «lex» implica una regla de medición, a tenor de unos baremos, que valoran la citada conducta; 2) objetivo: valorar la corrección o no del resultado de dicha conducta, o su conformidad con la técnica normal requerida, o sea que esa actuación médica sea adecuada o se corresponda con la generalidad de conductas profesionales ante casos análogos; 3) técnica: los principios o normas de la profesión médica en cuanto a ciencia se proyectan al exterior a través de una técnica y según el arte personal de su autor o profesionalidad: el autor o afectado por la «lex» es un profesional de la medicina; 4) el objeto sobre el que recae: especie de acto (clase de intervención, medios asistenciales, estado del enfermo, gravedad o no, dificultad de ejecución); y 5): concreción de cada acto médico o presupuesto «ad hoc»: tal vez sea éste el aporte que individualiza a dicha «lex artis»; así como en toda profesión rige una «lex artis» que condiciona la corrección de su ejercicio, en la médica esa «lex», aunque tenga un sentido general, responde a las peculiaridades de cada acto, en donde influirán, en un sentido o en otro, los factores antes vistos (Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 1991 [RJ 1991, 2209]). STS de 26 marzo de 2004, RJ 2004\1668.

2. Sobre la responsabilidad extracontractual del servicio público de salud la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en Sentencia de fecha 9 de abril de 2011 (RJ 2011\3643) ha declarado:

“(...) a la Administración no es exigible nada más que la aplicación de las técnicas sanitarias en función del conocimiento de la práctica médica, sin que pueda sostenerse una responsabilidad basada en la simple producción del daño, puesto que en definitiva lo que se sanciona en materia de responsabilidad sanitaria es una indebida aplicación de medios para la obtención del resultado, que en ningún caso puede exigirse que sea absolutamente beneficioso para el paciente”, o lo que es lo mismo, la Administración sanitaria no puede constituirse en aseguradora universal y por tanto no cabe apreciar una responsabilidad basada en la exclusiva producción de un resultado dañoso.

En la sentencia de 7 de julio (RJ 2008, 6872) del mismo año, dictada en el recurso de casación núm. 4776/2004, dijimos que «La responsabilidad de las

administraciones públicas, de talante objetivo porque se focaliza en el resultado antijurídico (el perjudicado no está obligado a soportar el daño) en lugar de en la índole de la actuación administrativa [por todas, véanse las sentencias de esta Sala de 11 de mayo de 1999 (RJ 1999, 4917) (casación 9655/95, FJ5º), 24 de septiembre de 2001 (RJ 2001, 9178) (casación 4596/97, FJ5º), 23 de noviembre de 2006 (RJ 2006, 7763) (casación 3374/02, FJ5º), 31 de enero de 2008 (JUR 2008, 54892) (casación 4065/03, FJ2º) y 22 de abril de 2008 (RJ 2008, 2039) (casación 166/05, FJ3º)], se modula en el ámbito de las prestaciones médicas, de modo que a los servicios públicos de salud no se les puede exigir más que ejecuten correctamente y a tiempo las técnicas vigentes en función del conocimiento de la práctica sanitaria. Se trata, pues, de una obligación de medios, por lo que sólo cabe sancionar su indebida aplicación, sin que, en ningún caso, pueda exigirse la curación del paciente. La Administración no es en este ámbito una aseguradora universal a la que quepa demandar responsabilidad por el sólo hecho de la producción de un resultado dañoso [sentencias de esta Sala de 16 de marzo de 2005 (RJ 2005, 5739) (casación 3149/01, FJ3º), 20 de marzo de 2007 (RJ 2007, 3283) (casación 7915/03, FJ3º) y 26 de junio de 2008 (RJ 2008, 6525) (casación 4429/04, FJ. 3º)]. Los ciudadanos tienen derecho a la protección de su salud (artículo 43, apartado 1, de la Constitución), esto es, a que se les garantice la asistencia y las prestaciones precisas [artículos 1 y 6, apartado 1, punto 4, de la Ley 14/1986, de 25 de abril (RCL 1986, 1316), General de Sanidad (BOE de 29 de abril)] con arreglo al estado de los conocimientos de la ciencia y de la técnica en el momento en que requieren el concurso de los servicios sanitarios (artículo 141, apartado 1, de la Ley 30/1992 (RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246)); nada más y nada menos».

O en la de 23 de septiembre de 2009 (RJ 2010, 342), dictada en el recurso de casación núm. 89/2008, que Aunque la cuestión principal que analiza la Sala de instancia en su sentencia, sustentando o dando lugar a su pronunciamiento, nada o poco tiene que ver con la necesidad de precisar la naturaleza jurídica, objetiva o no, de la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, aquel epígrafe y aquel inicio nos obligan a recordar que nuestra jurisprudencia matiza, modula, sobre todo en el ámbito de la denominada medicina curativa o asistencial, afirmaciones como las que ahí se contienen, introduciendo para ello como primer elemento corrector el de la lex artis. Así, como mero ejemplo de una línea jurisprudencial reflejada en otras muchas, nuestra sentencia de 24 de septiembre de 2004 indica que «este Tribunal Supremo tiene dicho que responsabilidad objetiva no quiere decir

que baste con que el daño se produzca para que la Administración tenga que indemnizar, sino que es necesario, además, que no se haya actuado conforme a lo que exige la buena praxis sanitaria».

O recordar, en la misma línea, que el inciso segundo del artículo 141.1 de la Ley 30/1992, según la redacción dada por la Ley 4/1999 (RCL 1999, 114, 329), dispone que No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos”.

3. Ante un supuesto en que se reclamaba la responsabilidad extracontractual del servicio público de salud porque ante una patología que no se diagnosticó en la primera consulta porque no concurrían todos los síntomas que la caracterizaban, en la STS de 16 marzo 2005, RJ 2005\5739, se razonó lo siguiente:

“La infracción denunciada no se ha producido dado que, como se razona en la sentencia recurrida, al no apreciarse la existencia de una infracción de la lex artis en materia sanitaria, es reiterada la jurisprudencia de la Sala que entiende que no se produce el requisito de antijuridicidad del daño, exigible conforme a la Ley de Régimen Jurídico para que el mismo sea susceptible de indemnización, y por ello dicho daño ha de ser soportado por el paciente partiendo del principio de que a la Administración no le es exigible nada más que la aplicación de las técnicas sanitarias en función del conocimiento de la práctica médica, sin que pueda sostenerse una responsabilidad basada en la simple producción del daño puesto que, en definitiva, lo que se sanciona en materia de responsabilidad sanitaria es una indebida aplicación de medios para la obtención del resultado que en ningún caso puede exigirse que sea absolutamente beneficioso para el paciente, sin que se aprecie que en el caso actual, en función de la valoración de la prueba pericial procesal practicada por la Sala de instancia, resultara previsible en la primera visita hospitalaria al centro sanitario de S.R. y a L.P. la apreciación de una sintomatología que permanecía larvada y que no fue manifestada sino días después cuando se procedió a la práctica de la operación que determinó la amputación; máxime cuando la citada amputación tampoco puede excluirse que resultara procedente, como la sentencia de instancia afirma, de haberse detectado la isquemia en una primera exploración clínica. El motivo casacional, por tanto, ha de ser igualmente rechazado”.

4. También ante una reclamación de indemnización por daños cuya causación se imputaban a un diagnóstico erróneo, la STS de 17 Julio 2012, RJ 2012\8488, recoge el fundamento VI de la Sentencia recurrida que dice así:

“No basta con afirmar que para un diagnóstico más certero de una patología debían haberse realizado otras pruebas diagnósticas hasta agotarse todas las posibilidades diagnósticas, pues una vez diagnosticada una patología y a la vista de todas las circunstancias concurrentes en el caso es más fácil afirmar que debieron efectuarse más pruebas diagnósticas. Pero se olvida que los servicios sanitarios públicos actúan y proponen medios diagnósticos a la vista de los síntomas que los pacientes refieren, pues no es admisible que quien entra en el Servicio de Urgencias o en otras dependencias agoten sin más indicios todas las múltiples pruebas diagnósticas y múltiples patologías sin que los síntomas que se tengan exijan su realización. Por otra parte, no puede olvidarse que en materia de responsabilidad sanitaria en el caso de que los síntomas que presenten los pacientes sean indicadores de la necesidad de realizar pruebas diagnósticas y si estas no se realicen entonces habrá infracción de la lex artis cuando se acredite que la omisión en la realización de las indicadas pruebas son la causa de las secuelas por las que se reclama indemnización pues solo son objeto de indemnización aquellos daños que son antijurídicos y que no se tiene obligación de soportar, entre los que no se incluyen aquellos que son resultado de la evolución de la enfermedad que se padece y que hubieran surgido de igual modo aunque su diagnóstico y tratamiento hubiera sido correcto. La postura contraria, supondría exigir a los facultativos realizar todas las pruebas diagnósticas de múltiples enfermedades que pueden cursar, como es en este caso, con dolor lumbar y ello no puede ser exigible por eficacia médica. Este es el eterno dilema con el que se encuentran los Tribunales de Justicia a la hora de valorar los informes periciales de las partes en los supuestos de reclamación de responsabilidad patrimonial a la Administración en los que a tiempo pasado se plantea la duda de que hubiera sucedido si se hubieran practicado unas u otras pruebas diagnósticas. Pero como ya se ha indicado ello solo puede considerarse contrario a la lex artis cuando los indicios de los pacientes son evidentes de una sospecha de una patología que sea necesario confirmar o descartar.

Pues bien, en el caso examinado, entendemos que tanto el informe elaborado por la Inspección Médica que obra en el expediente como el informe pericial aportado por la Fundación J.D., ratificado a presencia judicial, son coincidentes al afirmar, de forma razonada, sólida y argumentada, que, en todo momento, se ha

respetado la lex artis ya que el cáncer de esófago se diagnostica cuando los indicios de que se padece dicha patología eran evidentes; evidencia que, sin embargo, no se daba cuando acudió a consulta del médico de atención primaria, y a Urgencias en la Fundación J.D., en el mes de noviembre, -no hay constancia documental en las actuaciones de asistencia en Urgencias de la Fundación J.D. en octubre de 2008-, coincidiendo ambos informes médicos en la dificultad de diagnosticar de forma precoz este tipo de tumores por el carácter inespecífico de sus síntomas iniciales.

Así pues, la inexistencia de infracción de la lex artis en el diagnóstico del cáncer que finalmente fue detectado al J.R. -, según resulta de la prueba obrante en autos, impide que podamos calificar de daño antijurídico los daños por los que se reclama en la demanda ya que no se puede hablar, en este caso y con arreglo al estado de la ciencia médica al tiempo de los hechos litigiosos, de retraso diagnóstico, sino de imposibilidad de su diagnóstico en un momento anterior. Y esta ausencia de antijuridicidad del daño por el que se reclama impide que la acción ejercitada en la demanda prospere, pues se trata de uno de los requisitos de la responsabilidad patrimonial de la Administración que se reclama”.

Este fundamento lo valora esta STS en los siguientes términos:

“Por último señalar que el motivo del recurso parte de una afirmación que es negada en la Sentencia -hace principio de la cuestión-; «existe un error diagnóstico por falta de medios diagnósticos diferenciales».

Esta cuestión es ampliamente resuelta en la Sentencia recurrida que valorando el conjunto probatorio afirma que: los servicios médicos sanitarios públicos actúan y proponen medios diagnósticos a la vista de los síntomas que los pacientes refieren, pues no es admisible que quien entra en el Servicio de Urgencias o en otras dependencias agoten sin mas indicios todas las múltiples pruebas diagnósticas y múltiples patologías sin que los síntomas que se tengan exijan su realización. Así pues, la inexistencia de infracción de Lex Artis en el diagnóstico del cáncer que finalmente fue detectado a J.R. según resulta de la prueba obrante en Autos, impide que podamos calificar de daño antijurídico aquellos que se reclaman en la demanda ya que no se puede hablar, en este caso y con arreglo al estado de la ciencia médica en los tiempos litigiosos, de retraso diagnóstico, sino de imposibilidad de su diagnóstico en un momento anterior.

Y esta ausencia de antijuridicidad del daño por el que se reclama impide que la acción prospere”.

En el mismo sentido se pronuncian las SSTS de 19 de abril de 2011 (RJ 2011\3643) y de 24 de abril de 2012 (RJ 2012\6228).

5. Cuando el menor fue examinado por la pediatra no presentaba síntomas de que padeciera una torsión testicular. Por ende, su estado no aconsejaba la realización de pruebas diagnósticas que confirmaran o descartaran la existencia de esa patología. Por consiguiente no hubo un error de diagnóstico que permita afirmar la infracción de la *lex artis ad hoc*.

Cuando fue posible diagnosticar la torsión testicular, los facultativos no erraron en su diagnóstico ni tratamiento. El hecho de que no fuera posible salvar el testículo del menor no se debió a negligencia profesional sino al propio curso de la patología que no posibilitó su detección precoz.

Al no concurrir infracción de la *lex artis* ni omisión en la prestación de los medios adecuados, no puede surgir la obligación de indemnizar por el daño alegado. El servicio público de salud no responde por los daños causados por la imposibilidad de los conocimientos médicos de diagnosticar oportunamente las patologías cuyos síntomas iniciales no coinciden de manera plena con ella y se solapan con los de otras, sin que concurren datos clínicos que impongan pruebas diagnósticas para detectarlas, tal como resulta del art. 141.1 LPAC que declara como no indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia existentes en el momento de su producción.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución es conforme a Derecho.