

Expediente Núm. 192/2007
Dictamen Núm. 304/2009

V O C A L E S :

Fernández Pérez, Bernardo,
Presidente
Del Valle Caldevilla, Luisa Fernanda
Rodríguez-Vigil Rubio, Juan Luis
Fernández Noval, Fernando Ramón

Secretario General:
García Gallo, José Manuel

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 23 de julio de 2009, con asistencia de las señoras y los señores que al margen se expresan, emitió el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 20 de septiembre de 2007, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias formulada por, como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada en diversos centros de la red hospitalaria pública.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 3 de abril de 2007, tiene entrada en el registro de la Administración del Principado de Asturias una reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por la interesada -en su propio nombre, en el de su hijo y en el del otro progenitor de éste-, por los daños y perjuicios que considera derivados de la incorrecta asistencia sanitaria dispensada en diversos centros

de la red pública del Principado de Asturias, al no haberse diagnosticado prontamente la patología congénita sufrida por el menor.

Inicia su escrito relatando que, “tras una gestación gemelar de 37+6 semanas, se programó cesárea (en un hospital que no determina, aunque del expediente se deduce que pertenece a la red pública de la Comunidad Autónoma) para el día 21 de junio de 2006” (*sic*). En la “hoja de alta de enfermería se comenta que el segundo gemelo tiene mal reflejo de succión y no se consigue que mame. El test de Apgar, que valora la vitalidad del niño, se realiza en dos ocasiones, dando un resultado dentro de la normalidad, así como las ecografías prenatales y la amniocentesis./ A pesar de ello, la aquí firmante observaba que el niño no estaba bien, y que tenía una coloración azulada en dedos de las manos, llevándole al Centro de Salud “A”, donde le detectan un soplo fisiológico./ Al no quedar conforme con este diagnóstico, se dirige al pediatra “B”, que lo deriva al Hospital “X”, el que asimismo le deriva al Hospital “Y”, donde le detectan una patología congénita que debe ser tratada quirúrgicamente./ Al día siguiente de este diagnóstico fue enviado al Hospital “Z”, de Madrid, para ser operado (...). Al hacerle la exploración le detectaron un soplo sistólico supraclavicular, un ventrículo derecho pequeño e hipertrófico (...), un corazón ovoide, plétora pulmonar (...) y acidosis respiratoria en analítica./ Se realizó intervención quirúrgica para la corrección anatómica de la patología congénita (...). Tras la operación (...), se observó una evolución satisfactoria, teniendo que mantener únicamente la profilaxis para la endocarditis (...). Aún a pesar de las mínimas secuelas (...), no tuvieron la diligencia necesaria para detectar el problema, pudiendo haberle provocado unas lesiones permanentes, que ocasionaron una situación de riesgo al recién nacido, así como una situación de (...) angustia en la madre”.

En torno a la responsabilidad de la Administración sanitaria, sostiene que “la patología congénita, previa al nacimiento, debería haberse detectado desde el momento del nacimiento”; imputando un “mal funcionamiento en la

asistencia sanitaria prestada, al no haber acordado realizar las pruebas tendentes a determinar el origen de las dolencias que refería el recién nacido”.

Con base en ello, reclama la indemnización correspondiente al “sufrimiento físico y moral del niño y de sus progenitores”, que considera “inherente a las posibles, aunque leves, secuelas y limitaciones” del menor.

En cuanto a las pruebas, solicita que se incorpore al expediente el historial médico del menor.

2. Mediante escrito notificado a la interesada el día 23 de abril de 2007, el Jefe del Servicio de Inspección Sanitaria de las Prestaciones Sanitarias le comunica la fecha de recepción de su reclamación en el mencionado Servicio y las normas del procedimiento con arreglo al cual se tramitará, requiriéndole que concrete la evaluación económica del daño invocado. Asimismo, le indica que “transcurridos seis meses, a contar desde el día siguiente al de recibo de la presente notificación, o el plazo que resulte de añadirles un periodo extraordinario de prueba, sin que haya recaído resolución expresa, podrá entenderse desestimada su solicitud”.

3. Mediante escritos de 20 de abril de 2007, el Inspector de Prestaciones Sanitarias designado al efecto solicita a los diferentes centros implicados en la asistencia prestada al menor una copia de la documentación obrante en sus archivos.

Durante la instrucción, se incorpora al expediente una copia de la historia clínica del menor procedente de los distintos hospitales en que fue tratado, así como de su centro de Atención Primaria.

Entre la documentación clínica remitida por la Gerencia del hospital en que tuvo lugar el alumbramiento figuran el informe de enfermería al alta, fechado el 27 de junio de 2001, en el que se recoge “2.º gemelo no conseguimos en el momento del alta que mamase y la madre opta por darle

fórmula adaptada” y un informe del Jefe de Servicio de Pediatría, emitido el 24 de abril de 2007, en el que se señala que el perjudicado “en ningún momento, durante los cinco días de hospitalización, presentó clínica sugerente de posible afectación cardíaca (...). Debido a los cambios fisiodinámicos en el sistema circulatorio del recién nacido con respecto a la circulación fetal, es frecuente que en los primeros días de vida no se aprecien alteraciones auscultatorias (soplos)”. Se subraya que “por esta razón, es una norma elemental en Cardiopediatría no considerar una valoración cardiológica como normal hasta por lo menos los quince días de vida del recién nacido”.

Entre la procedente del centro especializado en el que fue intervenido el menor se encuentra la relativa al seguimiento posoperatorio, especificándose en el informe de alta librado el 26 de mayo de 2004 que el niño se encuentra “asintomático, sin medicación. Hace vida normal (...). No precisa tratamiento cardiológico específico. Profilaxis de endocarditis bacteriana, según pauta adjunta”, lo que se reitera en el siguiente informe de 25 de mayo de 2006.

4. Con fecha 3 de mayo de 2007, tiene entrada en el registro de la Administración del Principado de Asturias un escrito de la interesada en el que, atendiendo al requerimiento recibido, señala que “los daños reclamados ascienden a un total de 36.000 €, comprendiendo esta cantidad las secuelas físicas producidas en el niño, así como los perjuicios y daños morales ocasionados a la madre”.

5. El día 18 de mayo de 2007, el Inspector de Prestaciones Sanitarias designado al efecto elabora el correspondiente Informe Técnico de Evaluación. En él detalla la asistencia prestada, señalando que “dada la evolución satisfactoria de madre e hijos, recibieron el alta hospitalaria el 27 de junio./ El 18 de julio de 2001, con 27 días de edad, el perjudicado fue valorado por el pediatra (...) remitiéndolo al Hospital “X”, donde tras la oportuna exploración y

la realización de diversos estudios complementarios que revelaron la presencia de una cardiomegalia”, fue derivado al Hospital “Y”, “siendo diagnosticado de d-transposición de grandes arterias, CIV (comunicación interventricular) y ductus arteriosus persistente (...). El 19 de julio de 2001 el menor ingresó en el Servicio de Cardiología Infantil del Hospital Ramón y Cajal, de Madrid. El 31 de julio se le practicó una corrección anatómica (...). El bebé presentó una evolución favorable, por lo que el 13 de agosto de 2001 causó alta hospitalaria./ En las revisiones posteriores el niño mostró una evolución muy favorable (...). Realiza actualmente una vida normal, no requiere medicación cardiológico específica, tan sólo profilaxis de endocarditis bacteriana”.

En el apartado relativo a la “valoración del caso” se consigna que “las cardiopatías congénitas aparecen en el 0,5 al 0,8% de los recién nacidos vivos (...). El diagnóstico de cardiopatía congénita se establece en el primer mes de vida en el 50 al 60% de los casos”. Se añade que “los primeros seis días de vida el perjudicado presentaba una buena vitalidad, sin ningún dato clínico que indujera a pensar en la presencia de cardiopatía congénita (...). El síntoma primero y patognomónico es la cianosis. Pero cuando a ella se asocia una comunicación entre ambos circuitos (CIV, ductus arteriosus, etc.), que permita una mezcla significativa de sangre oxigenada y desoxigenada, la cianosis es de aparición tardía y en ausencia de otros síntomas, como ocurría en este caso, la TGA (transposición de grandes arterias) puede pasar desapercibida las primeras semanas (...). El diagnóstico de la grave cardiopatía se hizo tan pronto tuvo expresión clínica y el niño fue valorado nuevamente por los profesionales del sistema sanitario público, lo que aconteció cuando el pequeño tenía 27 días de edad (...). Desde ese momento se realizaron los estudios adecuados y se movilizaron los recursos precisos”.

A la vista de ello, concluye indicando que la atención médica dispensada ha sido “correcta y conforme con la lex artis”; que la reclamación “podría haberse presentado fuera del plazo de un año (...), dado que las lesiones se

encontraban estabilizadas en mayo de 2004, y ya entonces el estado del niño era satisfactorio, no precisando tratamiento cardiológico específico y espaciándose las revisiones cada dos años”, y que “en todo caso, el supuesto retraso alegado en nada condicionó el pronóstico de la lesión y la evolución del menor, que cabe calificar de totalmente satisfactoria”.

6. Mediante escritos de 18 de mayo de 2007, se remite copia del informe técnico de evaluación a la Secretaría General del Servicio de Salud del Principado de Asturias y de todo el expediente a la correduría de seguros.

7. Con fecha 5 de julio de 2007, emite informe una asesoría privada, a instancias de la entidad aseguradora, suscrito colegiadamente por tres especialistas en Pediatría. En él explican que “en las primeras semanas de vida las cardiopatías congénitas se caracterizan por un número muy limitado de presentaciones (...). En la mayoría de los recién nacidos la cardiopatía no se sospecha hasta días e incluso semanas (...). La cianosis (...) es uno de los signos más frecuentes (...). En los recién nacidos con TGA asociada a CIV la mezcla entre las circulaciones sistémica y pulmonar hace que la cianosis sea inicialmente leve (...); en los casos en que se asocia (...) se escuchará el soplo (...) y (...) es frecuente que empiecen a escucharse a partir de las 2-4 semanas de vida”. Añaden que “en este caso concreto, la transposición de grandes arterias (...) cursaba con una comunicación interventricular y un ductus arterioso permeable. Estas dos anomalías asociadas hicieron que los síntomas aparecieran de forma relativamente tardía”, ya que, “originaron una mezcla de sangre oxigenada y no oxigenada que hizo que la cianosis fuera muy poco aparente (...) hasta el momento en que empezó a cerrarse el ductus de forma espontánea”.

Concluye el dictamen que “los profesionales (...) actuaron correctamente, de acuerdo a protocolos y conforme a (la) lex artis”.

8. Evacuado el trámite de audiencia, con vista del expediente, mediante oficio notificado a la interesada el día 20 de julio de 2007, el día 30 de ese mismo mes se persona en las dependencias administrativas el abogado provisionalmente designado, al reconocérsele a aquélla el beneficio de asistencia gratuita, el cual obtiene una copia del expediente, compuesto en ese momento por ciento setenta y siete (177) folios, según consta en la diligencia incorporada al mismo.

9. Con fecha 31 de julio de 2007, la interesada presenta en el registro de la Administración del Principado de Asturias un escrito de alegaciones en el que reitera lo expuesto en su reclamación inicial, solicitando una indemnización por “las leves secuelas que le han podido quedar” al menor y “el daño moral del niño como de sus progenitores”; daños que “son evaluados (...) en una cuantía de 36.000 euros”.

10. Mediante escrito de 7 de agosto de 2007, el Jefe del Servicio de Inspección Sanitaria de las Prestaciones Sanitarias remite a la compañía aseguradora una copia de las alegaciones presentadas por la interesada.

11. El día 20 de agosto de 2007, el Jefe del Servicio de Inspección Sanitaria de las Prestaciones Sanitarias elabora propuesta de resolución en el sentido de desestimar la reclamación presentada. En la misma, después de resumir los antecedentes de hecho, que en nada difieren de los recogidos en los informes técnicos obrantes en el expediente, y de señalar los fundamentos jurídicos que considera de aplicación, indica que “por las propias características de la cardiopatía (transposición de grandes vasos, comunicación interventricular y ductus arteriosus) su diagnóstico pasó desapercibido en un primer momento ante la ausencia de manifestaciones clínicas típicas (...). Por el contrario,

cuando hubo el más mínimo atisbo de la misma fue prontamente diagnosticada y eficazmente tratada. No hubo (...) el retraso alegado (...) y el hecho de que fuese intervenido a los 41 días de vida en nada condicionó el pronóstico de la lesión y su evolución”.

Con independencia de lo anterior, continúa señalando la propuesta, “en mayo de 2004 el estado del niño era totalmente satisfactorio, no precisaba tratamiento cardiológico específico y se espaciaron las revisiones cada dos años, es decir, que su lesión se encontraba estabilizada (...) y (...) el derecho a reclamar habría prescrito”.

12. En este estado de tramitación, mediante escrito de 20 de septiembre de 2007, registrado de entrada el día 26 del mismo mes, V. E. solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa al procedimiento de reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias objeto del expediente núm., de la Consejería de Salud y Servicios Sanitarios, cuyo original adjunta.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes consideraciones fundadas en derecho:

PRIMERA.- El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13.1, letra k), de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, en relación con el artículo 18.1, letra k), del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo, aprobado por Decreto 75/2005, de 14 de julio, y a solicitud del Presidente del Principado de Asturias, en los términos de lo establecido en los artículos 17, apartado a), y 40.1, letra a), de la Ley y del Reglamento citados, respectivamente.

SEGUNDA.- Atendiendo a lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC), está la interesada activamente legitimada para formular reclamación de responsabilidad patrimonial, por cuanto su esfera jurídica se ha visto directamente afectada por los hechos que la motivaron.

Ahora bien, la reclamante ejercita su acción indemnizatoria por el daño irrogado tanto a ella como al menor y al padre de éste, fijando en globo una cuantía resarcitoria en atención al “sufrimiento físico y moral del niño y de sus progenitores”.

En relación con los demás interesados, advertimos que la filiación materna y paterna son notorias para la Administración, a la vista de la documentación clínica que obra en el expediente, pero no consta debidamente acreditada la representación con que actúa la reclamante a favor del que dice ser el otro progenitor, en los términos de lo establecido en el artículo 32, apartado 3, de la LRJPAC, cuyo tenor literal dispone que “Para formular solicitudes, entablar recursos, desistir de acciones y renunciar a derechos en nombre de otra persona, deberá acreditarse la representación por cualquier medio válido en derecho que deje constancia fidedigna, o mediante declaración en comparecencia personal del interesado”. A tal efecto, amén de la necesaria constancia del vínculo conyugal a efectos de legitimación, hemos de recordar que el artículo 71 del Código Civil establece que “Ninguno de los cónyuges puede atribuirse la representación del otro sin que le hubiere sido conferida”.

Pese a ello, la Administración ha tramitado el procedimiento sin poner objeción alguna a la carencia mencionada. Dado que los artículos 71 y 32.4 de la referida LRJPAC autorizan a subsanar la insuficiente acreditación de la representación, el órgano administrativo deberá comunicar a los solicitantes que disponen de un plazo de diez días para corregir tal omisión. De modo que

si se apreciara la concurrencia de los requisitos que permiten declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración, no cabría una estimación de la reclamación sin que ésta, por el procedimiento legal oportuno, verifique dicha representación.

El Principado de Asturias está pasivamente legitimado en cuanto titular de los servicios frente a los que se formula reclamación.

TERCERA.- El procedimiento administrativo aplicable en la tramitación de la reclamación se encuentra establecido en los artículos 139 y siguientes de la LRJPAC, y, en su desarrollo, en el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial (en adelante Reglamento de Responsabilidad Patrimonial), aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo. Procedimiento de tramitación al que, en virtud de la disposición adicional duodécima de la LRJPAC, en redacción dada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, y de la disposición adicional primera del citado Reglamento, están sujetos las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, sean estatales o autonómicos, así como las demás entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de Salud y de los centros sanitarios concertados con ellos.

En aplicación de la normativa citada, se han cumplido los trámites fundamentales de incorporación de informe de los servicios afectados, audiencia con vista del expediente y propuesta de resolución.

No obstante, hemos de señalar que la comunicación dirigida a la reclamante, a efectos de lo dispuesto en el artículo 42, apartado 4, de la LRJPAC, incurre en error respecto a la determinación del *dies a quo* para el cómputo del plazo máximo de resolución y notificación del procedimiento, que no puede iniciarse, como indica el Jefe del Servicio de Inspección Sanitaria de las Prestaciones Sanitarias, “el día siguiente al de recibo de la presente notificación”, sino, de acuerdo con el artículo 13.3 del Reglamento de

Responsabilidad Patrimonial, “desde que se inició el procedimiento”. En el supuesto concreto que analizamos, el procedimiento se inició a instancia de parte -a solicitud de la persona interesada y no de oficio por la Administración-, por tanto, de conformidad con lo establecido en el artículo 42, apartado 3, de la LRJPAC, el plazo máximo en el que habría de notificarse la resolución expresa se cuenta desde la fecha en que la solicitud haya tenido entrada en el registro (legalmente constituido) del órgano competente para su tramitación.

CUARTA.- El artículo 106.2 de la Constitución dispone que “Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por 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 de los servicios públicos”.

A su vez, el artículo 139 de la LRJPAC establece en su apartado 1 que “Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, 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”. Y, en su apartado 2, que “En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas”.

Por otra parte, el artículo 141 de la ley citada dispone en su apartado 1 que “Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley. 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”.

Este derecho no implica, sin embargo, que la Administración tenga el deber de responder, sin más, por todo daño que puedan sufrir los particulares, sino que, para que proceda la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, deberán darse los requisitos que legalmente la caracterizan, analizando las circunstancias concurrentes en cada caso.

En efecto, en aplicación de la citada normativa legal y atendida la jurisprudencia del Tribunal Supremo, para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública será necesario que concurren, al menos, los siguientes requisitos: a) que no haya transcurrido el plazo de prescripción; b) la efectiva realización de una lesión o daño antijurídico, evaluable económicamente e individualizado en relación con una persona o grupo de personas; c) que la lesión patrimonial sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, y d) que no sea producto de fuerza mayor.

QUINTA.- Imputan los reclamantes a la Administración sanitaria el “sufrimiento físico y moral del niño y de sus progenitores”, en cuanto “inherente a las posibles, aunque leves, secuelas y limitaciones” del menor, por la no detección precoz de una patología congénita, aludiendo también, en el cuerpo de la reclamación, a unas “mínimas secuelas” que parecen integrarse en la pretensión resarcitoria. Al respecto, hemos de notar que en los posteriores escritos la parte interesada se conduce confusamente. Así, en el de subsanación de defectos observados en la reclamación extiende la petición indemnizatoria a “las secuelas físicas producidas en el niño” y circunscribe los daños morales a la madre, mientras que en el de alegaciones incluye de nuevo los supuestos daños irrogados al padre, junto a las “leves secuelas que le han podido quedar” al menor. A la vista de estas sensibles variaciones, introducidas ya en el trámite de subsanación y fruto, quizás, de algún descuido en la redacción, estimamos que procede atender al *petitum* en todas sus

manifestaciones, en aras a la integridad de la tutela dispensada, salvando esa aparente *mutatio libelli*.

Sentado esto, y ciñéndonos a la pretensión originaria, advertimos que lo reclamado es, en rigor, el daño moral derivado de la incertidumbre del desenlace, que se desencadena en el momento en que se detecta la patología congénita y que cesa, por su propia esencia, cuando la intervención quirúrgica arroja unos resultados ciertos. Extendiéndonos a las secuelas vagamente invocadas, observamos que queda acreditada en las actuaciones la lesión sufrida por el menor, junto a su posterior evolución satisfactoria.

Por tanto, procede analizar en primer término si la reclamación ha sido ejercitada o no dentro del plazo establecido al efecto, dado que, de estimarse que en el momento de su presentación ha transcurrido el de prescripción, resultaría innecesario el examen de los restantes requisitos que habrían de concurrir para que pudiera prosperar.

El artículo 142.5 de la LRJPAC dispone que “En todo caso, el derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo. En caso de daños, de carácter físico o psíquico, a las personas el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas”.

En consecuencia, el primer criterio legal para la determinación del *dies a quo* del cómputo del plazo para el ejercicio de la acción de reclamación es el del momento del hecho dañoso (en el supuesto que nos ocupa, los primeros días de vida del menor, en los que, según la reclamante, debió diagnosticársele la patología congénita); pero si el efecto lesivo se manifiesta con posterioridad, habrá que estar a dicho momento, salvo que sea incierto e imprevisible el curso de la enfermedad y sus manifestaciones, en cuyo caso el *dies a quo* será el del momento de la curación o el de la determinación definitiva del alcance de las secuelas o de su estabilización.

En el caso que se somete a nuestra consideración, y en orden a fijar la fecha en que se ha determinado el alcance del daño alegado, es necesario, en primer término, definir su naturaleza y, a tal fin, analizar si nos encontramos ante un efecto lesivo de carácter continuado, de evolución incierta y con manifestaciones imprevisibles, que da lugar a secuelas novedosas cuya evaluación definitiva no resulta posible efectuar en un momento temporal concreto, o si, por el contrario, nos hallamos ante un daño de carácter permanente, en tanto que determinado o estabilizado en un momento preciso, y previsible en sus manifestaciones y evolución.

Como ya hemos señalado en ocasiones anteriores, un importante cuerpo jurisprudencial distingue de forma clara y precisa estos dos tipos de daños, los permanentes y los continuados. El Tribunal Supremo define el daño permanente como aquél en que el acto generador del mismo se agota en un momento concreto, aun cuando sea inalterable y permanente en el tiempo el resultado lesivo, de modo que producido el acto causante de la lesión, ésta queda determinada y puede ser evaluada de forma definitiva. En el daño continuado, sin embargo, las manifestaciones lesivas, con base en una unidad de acto, se producen día a día de manera prolongada e imprevisible y sin solución de continuidad, de forma que el resultado lesivo no puede ser evaluado de manera definitiva hasta que no se adoptan las medidas necesarias para poner fin al mismo. El plazo de prescripción de la acción de responsabilidad patrimonial no empieza a correr en este último supuesto hasta que no cesen o dejen de manifestarse efectos lesivos, a diferencia de lo que ocurre en el caso de los daños permanentes, o de efectos permanentes y perdurables en el tiempo, en el que el plazo empieza a contarse en el momento en que se produce la conducta causante del daño o se manifiesta su efecto lesivo, puesto que de lo contrario las reclamaciones por daños de este tipo se convertirían en imprescriptibles.

A juicio de este Consejo, los daños sufridos por los reclamantes no pueden calificarse como continuados, sino que tienen el carácter de permanentes. Y ello por cuanto los daños morales asociados al devenir incierto del proceso patológico y las “leves secuelas” sufridas por el menor, no pueden considerarse de curso imprevisible o no determinables, sino que, muy al contrario, han quedado determinadas y estabilizadas desde el momento en que resultan diagnosticadas y se practica la intervención quirúrgica con éxito, sin perjuicio de la natural evolución de las mismas y su seguimiento posoperatorio. Así, la propia reclamante anuda el daño moral a una tardanza en el diagnóstico del menor “pudiendo haberle provocado unas lesiones permanentes, que ocasionaron una situación de riesgo al recién nacido, así como una situación de (...) angustia en la madre”. Ligado el padecimiento moral a esa incertidumbre, es claro que sus efectos no se pueden extender más allá del momento en que el menor es intervenido con resultado favorable. En lo que atañe a las secuelas, la propia madre refiere “una evolución satisfactoria, teniendo que mantener únicamente la profilaxis para la endocarditis”. En el mismo sentido, el primer informe de seguimiento, librado el 10 diciembre de 2001, recoge en los antecedentes que se trata de un paciente “asintomático”, pautándose una medicación y aconsejándose “fisioterapia respiratoria” para su mejoría. Posteriormente, en el informe de alta, de fecha 26 de mayo de 2004, se consigna que el niño se encuentra “asintomático, sin medicación. Hace vida normal (...). No precisa tratamiento cardiológico específico. Profilaxis de endocarditis bacteriana, según pauta adjunta”, lo que se reitera en la siguiente revisión, el 25 de mayo de 2006.

Calificado el daño como permanente, procede analizar la fecha en que habría de iniciarse el cómputo del plazo de un año establecido en el artículo 142, apartado 5, de la LRJPAC, tomando en consideración el día en que se han fijado y estabilizado los efectos lesivos. En el cómputo del plazo hemos de

operar, de acuerdo con la jurisprudencia y con la doctrina del Consejo de Estado, de modo flexible, antiformalista y favorable a los perjudicados.

En el presente caso, y con base en los informes de seguimiento antes mencionados, tanto el informe técnico de evaluación como la propuesta de resolución concluyen que las lesiones se encontraban estabilizadas en mayo de 2004, momento en el que consta con nitidez que el estado del niño era plenamente satisfactorio, no precisando tratamiento cardiológico específico y espaciándose las revisiones cada dos años.

Por lo expuesto, hemos de colegir que la reclamación ahora examinada fue presentada fuera del plazo de un año establecido legalmente, dado que, aun iniciado el cómputo en mayo de 2004, la reclamación presentada el día 3 de abril de 2007 es, sin duda, extemporánea.

SEXTA.- No obstante, aunque no mediara prescripción, la conclusión del presente dictamen en el sentido de desestimar la reclamación no variaría, como razonaremos a continuación.

Ante todo, en relación con los daños alegados, queda de manifiesto la falta de efectividad de los mismos. Por un lado, el daño moral que se anuda a la incertidumbre del desenlace, a la vista de la gravedad de la dolencia sufrida por el menor, sólo puede existir, así concebido, desde el momento en que se diagnostica la patología congénita, que coincide en el tiempo con una muy pronta intervención quirúrgica. Esto es, la madre, al precisar las manifestaciones dañosas se conduce de forma retrospectiva, proyectando sobre el pasado la “angustia” inherente a “una situación de riesgo” de la que sólo tuvo cabal conocimiento a raíz del diagnóstico de la enfermedad. Hemos de notar, asimismo, que no queda acreditado ningún daño, físico ni moral, ni tampoco las “mínimas secuelas” vagamente invocadas, pues sólo se sustentan en las manifestaciones de la interesada, sin aportar siquiera un indicio de prueba.

Sin perjuicio de lo anterior, debemos añadir que, aun en el supuesto de que existieran daños, su aparición con ocasión de la actividad del servicio público sanitario no implica sin más la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración, pues ha de probarse que el daño alegado tiene un nexo causal inmediato y directo con el funcionamiento de aquel servicio público.

Como ya ha tenido ocasión de señalar en anteriores dictámenes este Consejo Consultivo, el servicio público sanitario debe siempre procurar la curación del paciente, lo que constituye básicamente una obligación de medios y no una obligación de resultado, y el criterio reiteradamente utilizado, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, para imputar a la Administración un daño que sufra el paciente como consecuencia de la atención recibida responde a lo que se conoce como *lex artis*. Criterio éste que opera no sólo en la fase del tratamiento dispensado a los pacientes, sino también en la de diagnóstico, por lo que la declaración de responsabilidad se vincula, en su caso, a la no adopción de todos los medios y medidas necesarios y disponibles para llegar al diagnóstico adecuado -aunque no siempre pueda garantizarse que éste sea exacto- de los síntomas manifestados. Ello implica, en el caso ahora examinado, el derecho del menor a un tratamiento adecuado con la finalidad, entre otras varias, de detectar una eventual patología congénita, pero lo que en ningún caso ostentaba era un derecho a la detección de esa patología, pues ello equivaldría, como dijimos en nuestro Dictamen Núm. 276/2006, de 28 de diciembre, a sustituir, en el enjuiciamiento de la medicina asistencial o curativa, el parámetro de la *lex artis* por el de una obligación de resultado, cuando ni la ciencia -y arte- de precaver y curar la enfermedad del cuerpo humano es exacta, ni los profesionales que la practican infalibles.

Como quiera que los reclamantes se limitan a la imputación abstracta de una dilación diagnóstica, sin aportar justificación dialéctica ni medio alguno de prueba, pese a que sobre ellos recae su carga, a la hora de emitir un juicio acerca de sus pretensiones se hace necesario partir del conjunto de informes y

dictámenes obrantes en el expediente, todos ellos incorporados por la propia Administración o por la compañía aseguradora.

Pues bien, a la vista de los mismos, se concluye sin controversia que la atención médica dispensada ha sido correcta y conforme con la *lex artis*. El informe del Jefe de Servicio de Pediatría que atendió al neonato señala que éste “en ningún momento, durante los cinco días de hospitalización, presentó clínica sugerente de posible afectación cardíaca”, y remarca que, “debido a los cambios fisiodinámicos en el sistema circulatorio del recién nacido (...), es una norma elemental en Cardiopediatría no considerar una valoración cardiológica como normal hasta por lo menos los quince días de vida”. El informe técnico de evaluación y el dictamen de la asesoría privada ponen de manifiesto que el diagnóstico de cardiopatía congénita se establece en el primer mes de vida en el 50 al 60% de los casos, y, en el presente, no había ningún dato clínico que indujera a pensar en la presencia de cardiopatía congénita. Ambos informes coinciden también en que la sintomatología quedó solapada por otras dolencias concurrentes, lo que los especialistas que suscriben el reseñado dictamen explican afirmando que “en este caso concreto, la transposición de grandes arterias (...) cursaba con una comunicación interventricular y un ductus arterioso permeable. Estas dos anomalías asociadas hicieron que los síntomas aparecieran de forma relativamente tardía”, ya que, “originaron una mezcla de sangre oxigenada y no oxigenada que hizo que la cianosis fuera muy poco aparente (...) hasta el momento en que empezó a cerrarse el ductus de forma espontánea”.

Por último, hemos de advertir que es incontrovertido, tal como se recoge en el informe técnico de evaluación, que “el supuesto retraso alegado en nada condicionó el pronóstico de la lesión y la evolución del menor, que cabe calificar de totalmente satisfactoria”.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que no procede declarar la responsabilidad patrimonial solicitada y, en consecuencia, debe desestimarse la reclamación presentada por

V. E., no obstante, resolverá lo que estime más acertado.

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

EL PRESIDENTE,

EXCMO. SR. PRESIDENTE DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS.