



## Responsabilidad patrimonial de la Administración pública sanitaria. Indemnización de daños y perjuicios

**Julio Galán Cáceres**

*Miembro del Cuerpo Jurídico de Defensa  
Profesor del CEF.-*

### Extracto

El presente supuesto plantea diversas cuestiones jurídicas, todas ellas derivadas del ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial contra la Administración sanitaria, que efectuó un interesado que debió someterse a tratamiento médico como consecuencia de una caída sobre su pierna derecha, que derivaron en la declaración de incapacidad permanente. Estas cuestiones giran, en primer lugar, sobre el recurso procedente en este caso y su posible extemporaneidad; en segundo lugar, sobre la existencia o no de la antijuricidad de la conducta médica, es decir, si se obró conforme a la *lex artis* o no, teniendo en cuenta la doctrina jurisprudencial al respecto; en tercer lugar, sobre la posible existencia de responsabilidad solidaria debido a que estuvo internado en centros médicos, uno de carácter público y otro de carácter privado; en cuarto lugar, sobre la incidencia de la existencia o inexistencia del consentimiento informado respecto a la presunta responsabilidad patrimonial y la indemnización, y, finalmente, sobre la procedencia o no de las distintas partidas económicas en virtud de las cuales solicita la indemnización de daños y perjuicios.

**Palabras clave:** responsabilidad patrimonial de la Administración pública; Administración sanitaria; responsabilidad solidaria; indemnización de daños y perjuicios.

Fecha de entrada: 31-03-2019 / Fecha de aceptación: 22-04-2019

## Enunciado

En el mes de agosto de 2011, don Evaristo, de 35 años de edad, trabajador por cuenta ajena en una empresa en la que llevaba 7 años, sufrió una caída sobre la rodilla derecha, comenzando a tener, a partir de ese momento, cierta sensación de inestabilidad y molestias al caminar, y, tras la práctica de una resonancia magnética nuclear el 7 de septiembre de 2011 por los servicios del SERGAS (Servicio de Salud de Galicia-Organismo autónomo de naturaleza administrativa), se informó de ruptura completa del ligamento cruzado anterior, cambios degenerativos en el menisco interno y derrame articular.

Don Evaristo fue sometido el día 5 de octubre de 2011 a una intervención quirúrgica de artroscopia de rodilla para reconstruir el ligamento cruzado su pierna derecha y soltura meniscal, presentando el paciente, en el posoperatorio posterior inmediato, dolor intenso en un hueco poplíteo de la rodilla derecha con episodios de frialdad y sudoración profusa en el miembro inferior derecho con intensa palidez, siendo dado de alta el día 23 de noviembre de 2011 con el diagnóstico de síndrome de dolor crónico reflejo (distrofia simpático-refleja).

A las 9 horas del día 31 enero 2012, ingresó en el servicio de anestesia-unidad del dolor del complejo hospitalario universitario de Vigo para paliar el severo dolor que le ocasionaba el síndrome de dolor regional complejo, colocándosele un catéter epidural a nivel L-2 y L-3, que a su vez fue retirado el día 12 de febrero, por no conseguir analgesia desde la rodilla, y se le coloca un nuevo catéter epidural a nivel L-4 y L-5, y al no ser favorable la evolución se le deriva al servicio de anestesia y reanimación de un hospital público de Ferrol, donde se le implanta un electrodo epidural plano con mejoría clínica, hasta que el 22 de mayo de 2012 se le hace un implante en quirófano regenerador de neuromodelación, intervención realizada sin incidencia.

El paciente presenta deambulación con dos muletas, no tolera corrientes de aire (viento, aire acondicionado...) ni contacto con agua, por lo que tiene dificultades para el aseo personal, también para permanecer en espacios abiertos y locales con climatización, así como no poder conducir con el estimulador medular que porta y los efectos secundarios de este.

Con posterioridad, ingresa en un centro sanitario incluido en su seguro privado de Adeslas en Pontevedra, para tratar de paliar los efectos negativos sobre su salud pero, tras bastantes días de internamiento, sometido a diversos tratamientos e intervenciones quirúrgicas diversas, no se consigue ninguna mejora, sino todo lo contrario.

Con fecha 7 de septiembre de 2012 fue declarado por el Instituto Nacional de la Seguridad Social en situación de invalidez permanente absoluta por síndrome de dolor regional complejo, con implante de modulación definitivo y con persistencia de dolor con hiperalgesia y anodinia (diversos estados de dolor que conducen a situaciones en las que estímulos habitualmente indoloros son dolorosos, y estímulos normalmente dolorosos son aún más dolorosos) que dificulta la marcha e impide actividades en general. Igualmente se significa que resulta necesaria ropa especial para aislar la pierna del paciente de cualquier estímulo, tales como el aire, el frío o el calor.

Ante todas estas circunstancias, presenta reclamación a la Administración sanitaria de indemnización de daños y perjuicios, por los siguientes conceptos:

- 100.000 euros para adaptación del vehículo y de la vivienda.
- 50.000 euros en razón a diversas facturas por culotes, bóxeres, calcetines y perneras, ropa destinada al ciclismo, pantalones y calcetines de esquí, así como botas de nieve. Al demandado le llama la atención la compra de tales productos ante la situación secular del paciente, oponiéndose a esta cuantía.
- 772 días de incapacidad temporal desde el día 25 de enero de 2012 hasta el día 7 de marzo de 2014. El demandado entiende que deberían ser un total de 217 días como máximo, es decir, hasta el 28 de agosto de 2012, fecha a partir de la cual comienza a cobrar la pensión por incapacidad permanente absoluta. Pero de ser así, se estaría produciendo una doble indemnización y un enriquecimiento injusto y sin causa.
- 300.000 euros como consecuencia de los gastos de hospitalización del primer hospital donde estuvo internado y otros 100.000 del segundo hospital.
- 100.000 euros equivalentes a las retribuciones que habría percibido por su trabajo de haber permanecido en activo durante los meses en que permaneció lesionado.
- 40.000 euros referente a los gastos de abogados de procurador devengados en el procedimiento administrativo de reclamación de cantidad y en el posterior proceso contencioso-administrativo.
- 10.000 euros como consecuencia de los daños psicológicos que son típicos en las personas que se jubilan por incapacidad permanente para el trabajo, y que él corre el riesgo de sufrir.

La sentencia estimó la reclamación parcialmente, pues se apreció la relación de causalidad entre la aplicación del manguito de isquemia y la lesión neurológica del nervio ciático que originó el proceso doloroso, fijándose especialmente en un informe del jefe de servicio de neurofisiología de 10 de septiembre de 2012, que refleja alteración de parámetros neurográficos en el miembro inferior derecho y la presencia un área de hipoestesia (trastorno de la percepción que consiste en una distorsión sensorial a causa de una disminución de

la intensidad de las sensaciones, de tal forma que los estímulos se perciben de una forma anormalmente atenuada) en el muslo por encima de la rodilla, que indica que aquel manguito fue la causa de la neuropatía (enfermedad del sistema nervioso).

Señala en su escrito, y se consideró probado, que en el caso presente el servicio gallego de salud no acredita la correcta aplicación del manguito de isquemia –causa de todos los problemas acaecidos con posterioridad en la salud del interesado–, pues en el protocolo quirúrgico de la cirugía artroscópica de 5 de octubre de 2011, no constan los datos relevantes de tiempo de isquemia a la que estuvo sometida la pierna derecha durante la intervención –lo máximo que puede estar es dos horas–, simplemente consta la reseña de que se inició a las 9 horas y finalizó a las 11 horas, tampoco constan la presión del inflado, el tiempo de permanencia del inflado, ni el tipo de almohadilla utilizado. Ni siquiera figuran tales datos en la hoja de anestesia.

Igualmente, no consta en el expediente la prestación del correspondiente consentimiento informado del paciente, a lo que obliga la normativa sobre la materia, lo cual implica, según el órgano jurisdiccional, la infracción de la *lex artis*.

Contra dicha sentencia, presentan directamente el oportuno recurso: el letrado de la Xunta de Galicia; la aseguradora RRR, que se adhirió al recurso planteado por el letrado anteriormente citado, y el lesionado, a fin de que se eleve la indemnización concedida hasta 600.000 euros.

El letrado de la Xunta de Galicia basa su recurso en:

- a) Existencia de prescripción de la acción ejercitada toda vez que el paciente fue dado de alta el día 23 de noviembre de 2011 con el diagnóstico de síndrome de dolor crónico reflejo, mientras que la reclamación no se interpuso hasta el 11 de febrero de 2013, por lo que había transcurrido el plazo a que se refiere la ley para el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial.
- b) Inexistencia de antijuricidad y de relación de causalidad, pues el hecho de que no consten los datos relevantes al tiempo de isquemia a que estuvo sometida la pierna derecha durante la intervención, ni la presión del inflado y el tiempo de permanencia de inflado, ni el tipo de almohadilla utilizado en el protocolo quirúrgico de la cirugía de artroscopia de 5 de octubre de 2011, no significa que no se observaran estas diligencias.
- c) Existencia de responsabilidad solidaria, a tenor de lo dispuesto en el artículo 33 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de RJSP, pues el interesado también estuvo en un centro sanitario privado de Pontevedra, sin que se consiguiera mejoría alguna.
- d) Que la falta de consentimiento informado no se debe tener en cuenta para el cálculo de la indemnización, pues, de contar con aquel consentimiento, también, en su caso, se hubiera producido el resultado dañoso.



- e) Improcedencia de algunas partidas solicitadas en concepto de indemnización de daños y perjuicios.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

1. ¿Cuál será el recurso que presentan los anteriormente indicados?
2. Analice, de forma fundada, los argumentos utilizados por el letrado de la Xunta de Galicia:
  - a) Extemporaneidad del recurso planteado.
  - b) Inexistencia de antijuricidad, pues el hecho de que no consten los datos relevantes al tiempo de isquemia a que estuvo sometida la pierna derecha durante la intervención, ni la presión del inflado y el tiempo de permanencia de inflado, ni el tipo de almohadilla utilizado en el protocolo quirúrgico de la cirugía de artroscopia de 5 de octubre de 2011, no significa que no se observaran estas diligencias.
  - c) Existencia de responsabilidad solidaria, a tenor de lo dispuesto en el artículo 33 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de RJSP, pues el interesado también estuvo en otro centro sanitario de Pontevedra, sin que se consiguiera mejoría alguna, incluso empeorándose su situación.
  - d) Que la falta de consentimiento informado no se debe tener en cuenta para el cálculo de la indemnización, pues, de contar con aquel consentimiento, también, en su caso, se hubiera producido el resultado dañoso.
  - e) Improcedencia de algunas partidas solicitadas en concepto de indemnización de daños y perjuicios.

**NOTA:** Con independencia de las fechas que se hacen constar en el relato de hechos, aplicar la legislación vigente en este momento.

## Solución

1. ¿Cuál será el recurso que presentan los anteriormente indicados?

Señala el relato de hechos que el Servicio de Salud de Galicia es un organismo autónomo de carácter administrativo. De manera que, con independencia de su propia regulación específica, en el presente supuesto se indica que se tiene en cuenta la legislación estatal al respecto, por lo que, de acuerdo con el artículo 92 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del

Procedimiento Administrativo Común, «en el caso de las Entidades de Derecho Público, las normas que determinen su régimen jurídico podrán establecer los órganos a quien corresponde la resolución de los procedimientos de responsabilidad patrimonial. En su defecto, se aplicarán las normas previstas en este artículo».

De manera que si la reclamación por responsabilidad patrimonial planteada ha sido resuelta por el órgano máximo del organismo autónomo, a tenor de lo dispuesto en el artículo 8.3 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (LJCA) (que señala que los juzgados de lo Contencioso-Administrativo «3. Conocerán en única o primera instancia de los recursos que se deduzcan frente a disposiciones y actos de la Administración periférica del Estado y de las comunidades autónomas, contra los actos de los organismos, entes, entidades o corporaciones de derecho público, cuya competencia no se extienda a todo el territorio nacional y contra las resoluciones de los órganos superiores cuando confirmen íntegramente los dictados por aquellos en vía de recurso, fiscalización o tutela»), es a este órgano judicial a quien ha correspondido el conocimiento de esta reclamación y, por lo tanto, ha dictado la sentencia que es objeto del recurso.

En este caso, el recurso procedente sería el recurso de apelación ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, a tenor de lo establecido en el artículo 81 de la LJCA, que señala que no podrán ser objeto de recurso de apelación las sentencias que no excedan de 30.000 euros, luego en este caso, en que la reclamación ha sido de 600.000 euros, cabe el recurso de apelación.

Conforme al artículo 85, el recurso de apelación se interpondrá ante el juzgado que hubiere dictado la sentencia que se apele, dentro de los 15 días siguientes al de su notificación, mediante escrito razonado que deberá contener las alegaciones en que se fundamente el recurso. Transcurrido el plazo de 15 días sin haberse interpuesto el recurso de apelación, el secretario judicial declarará la firmeza de la sentencia. Si el escrito presentado cumple los requisitos previstos en el apartado anterior y se refiere a una sentencia susceptible de apelación, el secretario judicial dictará resolución admitiendo el recurso, contra la que no cabrá recurso alguno, y dará traslado del mismo a las demás partes para que, en el plazo común de 15 días, puedan formalizar su oposición. En otro caso, lo pondrá en conocimiento del juez que, si lo estima oportuno, denegará la admisión por medio de auto, contra el que podrá interponerse recurso de queja, que se sustanciará en la forma establecida en la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC).

Si, por el contrario, la normativa específica y el estatuto del organismo autónomo administrativo (Servicio de Salud Gallego) no establecieran nada al respecto y hubiera sido el consejero de Sanidad de esa comunidad autónoma el que resolvió el procedimiento de responsabilidad patrimonial, el único recurso posible sería el recurso de casación ante la Sala Tercera –de lo Contencioso-Administrativo– siempre que concurrieran los requisitos previstos en los artículos 86 y siguientes de la LJCA, de los que destacamos:

- Que debe basarse en infracción de normas de derecho estatal o de la Unión Europea.
- Se limitará a cuestiones de derecho y no a cuestiones de hecho.
- El recurso de casación podrá ser admitido a trámite cuando, invocada una concreta infracción del ordenamiento jurídico, tanto procesal como sustantiva, o de la jurisprudencia, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo estime que el recurso presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia (la ley determina en qué casos el tribunal puede apreciar interés casacional y en qué casos se presume la existencia de ese interés).

## 2. Analice, de forma fundada, los argumentos utilizados por el letrado de la Xunta de Galicia:

### a) Extemporaneidad del recurso planteado.

Debe, en principio, ser admitida porque aunque es cierto que fue dado de alta el día 23 de noviembre de 2011, los problemas físicos del perjudicado se siguieron manteniendo en el tiempo, y fue el día 22 de mayo de 2012 cuando se le hace el último implante en quirófano, debiendo presumir que desde entonces debió transcurrir un plazo para su total recuperación y, en todo caso, quedando con secuelas, puesto que el relato de hechos señala que quedó con deambulación con dos muletas, no tolera corriente de aire ni contacto con agua y no puede permanecer en espacios abiertos y locales con climatización ni conducir con el estimulador medular que porta y los efectos secundarios de este. De manera que si el día 11 de febrero de 2013 es cuando hace la reclamación, efectivamente, el plazo del año había transcurrido desde que fue intervenido, pero ignoramos el tiempo de recuperación y de determinación de las secuelas.

Por otro lado, el relato de hechos hace constar un dato que sí es significativo para analizar si la reclamación era o no extemporánea, y es que si tenemos en cuenta la fecha 7 de septiembre de 2012 en que fue declarado por el INSS en situación de invalidez permanente absoluta, lo lógico es que ya estuvieran determinadas las secuelas, por lo que, teniendo en cuenta esta fecha, es cierto que cuando realiza la reclamación en concepto de responsabilidad patrimonial –11 de febrero de 2013– ya había pasado el plazo para reclamar.

El Tribunal Supremo en Sentencia de 12 de noviembre de 2007 declara:

Que significa que el cómputo del plazo para ejercitar la acción solo puede comenzar cuando ello es posible y esta coyuntura se perfecciona cuando se unen los dos elementos del concepto de lesión, es decir, el daño y la comprobación de su ilegitimidad [...]. El *dies a quo* para el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial será aquel en que se conozcan definitivamente los efectos del quebranto,

momento en el que existe ya la posibilidad de valorar su alcance y extensión [...]. Debiendo distinguirse entre daños permanentes y daños continuados, pues tratándose de daños físicos o psíquicos a las personas, lo decisivo es la fecha de la curación o aquella en la que se conoce el alcance de las secuelas, esto es, cuando se estabilizan los efectos reflexivos y se conoce definitivamente el quebranto de la salud, teniendo en cuenta que esta merma puede ser permanente –por ejemplo la pérdida de un brazo o una pierna–, producirse en un momento determinado y quedar inalterada, o continuada, manifestándose día a día. En el primer caso, el período de prescripción se inicia cuando se produce, pues en ese instante cabe evaluar los daños, mientras que, en el segundo, como no puede medirse desde el principio las consecuencias para la salud, hay que esperar a conocer su entidad o, como dice el precepto legal, el alcance de las secuelas, por ello el plazo en este caso no empieza a contarse sino desde el día en que cesan los efectos, es decir, el día en que se conozcan los efectos del quebranto.

De cualquier forma, debemos significar que para admitir esta causa de inadmisión del recurso era preciso que el letrado de la Xunta de Galicia hubiera alegado la misma en su escrito de contestación a la demanda, o como alegaciones previas, en el procedimiento tramitado en primera instancia.

b) Inexistencia de antijuricidad, pues el hecho de que no consten los datos relevantes al tiempo de isquemia a que estuvo sometida la pierna derecha durante la intervención, ni la presión del inflado y el tiempo de permanencia de inflado, ni el tipo de almohadilla utilizado en el protocolo quirúrgico de la cirugía de artroscopia de 5 de octubre de 2011, no significa que no se observaran estas diligencias.

Existe antijuricidad para poder apreciar la responsabilidad patrimonial de la Administración. El criterio empleado en estos casos es el de la *lex artis*, de manera que la responsabilidad solo surge en aquellos casos en los que existe una falta de adecuación de la conducta asistencial a los criterios, protocolos o normas de actuación médica. Significa la aportación de todos los conocimientos y medios que la ciencia en el momento actual pone razonablemente a disposición de la medicina para la prestación de un servicio adecuado a los estándares habituales. Equiparado la antijuricidad del daño, dicha *lex artis ad hoc* entraña que el paciente no deba tener obligación de soportarlo por haber podido ser evitado con la aplicación de las técnicas sanitarias conocidas por el estado de la ciencia y razonablemente disponibles en cada momento. Ahora bien, una vez acreditada la relación causal entre la actuación sanitaria, en este caso el empleo del manguito de isquemia, y el daño producido, y debido a la desproporción de este último, en virtud del principio de disponibilidad y facilidad probatoria (art. 217.7 LEC), corresponde a la Administración la demostración de que el empleo del manguito de isquemia se acomodó a los protocolos establecidos y estuvo dentro de los estándares habituales de seguridad.

En esta tesitura la Administración sanitaria está obligada acreditar las circunstancias en que se produjo el daño, en virtud del principio de facilidad y proximidad probatoria, porque aquella doctrina hace responder a la Administración cuando se produce un resultado dañoso, que normalmente no se produce más que cuando media una conducta negligente, salvo que se acredite que la causa esta fuera de su esfera de actuación (STS de 2 de noviembre de 2012).

Por tanto, no sirve el argumento del servicio gallego de salud alegado, ya que el hecho de que no consten en el protocolo de la intervención quirúrgica los extremos técnicos a tener en cuenta, no significa que no se hayan observado, porque es la Administración sanitaria la que debe probar la concurrencia de tales requisitos cuando se ha producido un daño como en el presente caso.

Es decir, el servicio gallego de salud no acredita la correcta aplicación del manguito de isquemia, en consecuencia, si la aplicación del mismo durante dos horas como máximo y sometido a una presión normal no puede producir aquel efecto de afectación del nervio ciático y, sin embargo, se produce, sin que se aporten por la Administración los datos relevantes de aquel empleo, ni se ofrezca una explicación razonable de la causa del daño, resulta racional deducir que se produjo un funcionamiento indebido del servicio público.

c) Existencia de responsabilidad solidaria, a tenor de lo dispuesto en el artículo 33 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de RJSP, pues el interesado también estuvo en otro centro sanitario de Pontevedra, sin que se consiguiera mejoría alguna, incluso empeorándose su situación.

No existe responsabilidad solidaria alguna, en primer lugar, porque el posterior internamiento en el centro privado de Pontevedra no fue el causante del perjuicio causado al principio, y aunque el relato de hechos diga que empeoró, lo cierto es que no sabemos si fue fruto de la evolución natural de la secuela que le quedó o la intervención del centro privado tuvo una consecuencia negativa para la salud del paciente como consecuencia de la actuación de sus facultativos. Pero, en todo caso, se trataría de responsabilidades independientes, una, la del Servicio Gallego de Salud –responsabilidad patrimonial de Derecho público–, y, la otra, la de un centro privado, debiéndose deslindar ambas responsabilidades, debiendo ser objeto de prueba cada extremo a efectos de la indemnización procedente.

En segundo lugar, es cierto que el artículo 33 de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público establece la responsabilidad solidaria de las Administraciones públicas: cuando de la gestión dimanante de fórmulas conjuntas de actuación entre varias Administraciones públicas se derive responsabilidad en los términos previstos en la presente ley, las Administraciones intervinientes responderán frente al particular, en todo caso, de forma solidaria. El instrumento jurídico regulador de la actuación conjunta podrá determinar la distribución de la responsabilidad entre las diferentes Administraciones públicas. En otros

supuestos de concurrencia de varias Administraciones en la producción del daño, la responsabilidad se fijará para cada Administración atendiendo a los criterios de competencia, interés público tutelado e intensidad de la intervención. La responsabilidad será solidaria cuando no sea posible dicha determinación. Pero en el presente caso, solo existió una Administración pública, que fue la Administración autonómica de Galicia, actuando a través de un organismo autónomo administrativo como era el Servicio de Salud de Galicia. Cuando fue trasladado a un centro sanitario de Pontevedra, independientemente de que no fuera culpable de los hechos ocurridos, se trata de un centro de naturaleza privada y, por tanto, no es Administración pública.

En conclusión, se trata de daños en los que existe una relación de causalidad entre la actuación administrativa y el resultado dañoso producido que, de ninguna manera, el perjudicado tiene el deber jurídico de soportar.

d) Que la falta de consentimiento informado no se debe tener en cuenta para el cálculo de la indemnización, pues, de contar con aquel consentimiento, también, en su caso, se hubiera producido el resultado dañoso.

La Ley básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (Ley 41/2002), en su artículo 8 relativo al consentimiento informado señala que:

1. Toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que, recibida la información prevista en el artículo 4, haya valorado las opciones propias del caso.
2. El consentimiento será verbal por regla general. Sin embargo, se prestará por escrito en los casos siguientes: intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente.
3. El consentimiento escrito del paciente será necesario para cada una de las actuaciones especificadas en el punto anterior de este artículo, dejando a salvo la posibilidad de incorporar anejos y otros datos de carácter general, y tendrá información suficiente sobre el procedimiento de aplicación y sobre sus riesgos.
4. Todo paciente o usuario tiene derecho a ser advertido sobre la posibilidad de utilizar los procedimientos de pronóstico, diagnóstico y terapéuticos que se le apliquen en un proyecto docente o de investigación, que en ningún caso podrá comportar riesgo adicional para su salud.
5. El paciente puede revocar libremente por escrito su consentimiento en cualquier momento.

Por su parte el artículo 10, en relación con las condiciones de la información y consentimiento por escrito señala que:

1. El facultativo proporcionará al paciente, antes de recabar su consentimiento escrito, la información básica siguiente:

a) Las consecuencias relevantes o de importancia que la intervención origina con seguridad.

b) Los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente.

c) Los riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención.

d) Las contraindicaciones.

2. El médico responsable deberá ponderar en cada caso que cuanto más dudoso sea el resultado de una intervención más necesario resulta el previo consentimiento por escrito del paciente.

Esta alegación no puede ser tenida en cuenta, pues la ausencia de información y del consiguiente consentimiento entraña una vulneración de la *lex artis*, asimismo computable a los efectos de la indemnización de daños y perjuicios.

e) Imprudencia de algunas partidas solicitadas en concepto de indemnización de daños y perjuicios

- Respecto a los gastos de adaptación del vehículo y de gastos a realizar en la vivienda habitual, previa prueba de que sean necesarios dada la situación secular en que ha quedado el interesado, así como de su cuantía, no cabe duda de que deben quedar bajo el concepto de indemnización de daños y perjuicios.
- En relación con la compra de culotes, bóxeres, calcetines y perneras, ropa destinada al ciclismo, pantalones y calcetines de esquí y botas de nieve, conceptos que llama la atención a la parte demandada, dada la situación en que ha quedado el lesionado, debe significarse que se trata de prendas con altísimas cualidades antitérmicas que pretenden conseguir que la pierna del paciente esté totalmente aislada de cualquier estímulo (aire, calor, frío, etc.). En el relato de hechos ya se pone de manifiesto la necesidad de este tipo de ropa y de prendas en el paciente, por lo que ha de considerarse también necesaria para la plena indemnidad.
- En cuanto al cómputo de 772 días de incapacidad temporal desde el 25 de enero de 2012 hasta el 7 de marzo de 2014, señalando el demandado al respecto que tendría que ser, tan solo, hasta el día el 28 de agosto de 2012, fecha en que co-

mienza a cobrar la pensión por incapacidad permanente absoluta, pues si no se estaría incurriendo en una doble indemnización y en un enriquecimiento injusto y sin causa, esta es una cuestión que ha sido abordada jurisprudencialmente en numerosos casos, entre otros en el recurso de casación 120/2007, llegando a la conclusión de la compatibilidad de las prestaciones devengadas por la aplicación del ordenamiento sectorial con las indemnizaciones procedentes de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Es una solución más conforme con el principio de indemnidad, porque la pensión de la Seguridad Social no es suficiente para conseguir la plenitud de la reparación y, además, las prestaciones contributivas no son sino la contraprestación por lo cotizado o pagado para asegurar los riesgos derivados de determinadas situaciones y no pueden compensarse con las indemnizaciones contenidas en las tablas de los sistemas de corrección del daño.

- Gastos de hospitalización: no procede el abono de dichos gastos pues es verdad que han tenido lugar y son consecuencias directas de la actuación de la Administración sanitaria pero, en principio, no proceden porque implicaría un enriquecimiento sin causa, ya que como trabajador que era, se encuentra incluido dentro del ámbito de aplicación del régimen general de la Seguridad Social y, respecto al centro privado, era titular de un seguro privado en el que estaban incluidos los referidos gastos.
- 100.000 euros equivalentes a las retribuciones que habría percibido por su trabajo de haber permanecido en activo durante los meses en que permaneció lesionado. Es cierto que se trata de un lucro cesante que ha de ser objeto de indemnización, sin embargo, debe valorarse igualmente que entre las prestaciones que conforma el sistema de protección social del régimen de seguridad social, figura la prestación económica por incapacidad temporal, que es en la que se encontró, hasta que se declaró la incapacidad permanente. Por tanto, el perjudicado tan solo tiene derecho a una indemnización por valor de las diferencias entre las cantidades que por tal prestación le hayan sido abonadas y las cuantías de las retribuciones que habría percibido de haber continuado en activo durante esos meses, pero no la totalidad de estas.
- 40.000 euros referente a los gastos de abogados de procurador devengados en el proceso contencioso-administrativo. Tampoco es procedente el pago de esta cantidad. En primer lugar, porque la Ley 39/2015 permite que los interesados puedan relacionarse directamente con la Administración, sin necesidad de contar para ello con representación letrada, de manera que si el perjudicado optó por acudir con un abogado para que actuara en el procedimiento administrativo como representante suyo, no era un requisito necesario para poder accionar, sino una decisión voluntaria del propio interesado que, en cuanto tal, no resulta indemnizable. Por lo que se refiere a los gastos ocasionados en el proceso contencioso-administrativo, se trata de una materia procesal que se regula por la LJCA y, supletoriamente, por la LEC. En concreto, se trata de costas procesales que el

órgano jurisdiccional determinará a quién corresponde su pago y, es evidente, que el proceso contencioso-administrativo, celebrado en primera instancia, no ha acabado estimando las pretensiones en su totalidad.

- 10.000 euros como consecuencia de los daños psicológicos, que son típicos en las personas que se jubilan por incapacidad permanente para el trabajo y que él corre el riesgo de sufrir. Respecto a la solicitud de indemnización por el riesgo de depresión en que previsiblemente incurre por jubilarse anticipadamente como consecuencia de su invalidez permanente, se trata, obviamente, de un daño moral que, en cuanto tal, resulta indemnizable, aunque es difícil cuantificar objetivamente el importe de la indemnización. Pero también es preciso que para que una indemnización pueda considerarse efectiva es necesario que se haya producido o que se vaya a producir previsible y necesariamente en el futuro como consecuencia del hecho dañoso, pero no es suficiente que se trate de un daño puramente hipotético condicionado, que no derive de una situación que todavía no se ha producido y que no se sabe si se va a producir (STS de 16 de octubre de 1997, entre otras). Y, precisamente, este es el caso que analizamos, puesto que la depresión aducida constituye tan solo un riesgo eventual y futuro no necesario ni evidente, por lo que, al no darse la realidad de la lesión, no procede la indemnización.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Constitución española, art. 106.
- Ley 29/1998 (LJCA), arts. 8, 85 y 86.
- Ley 41/2002, básica reguladora de la autonomía del paciente y de los derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, arts. 8 y 10.
- Ley 40/2015 (LRJSP), arts. 33 y ss.
- SSTS de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de 12 noviembre 2007 y 2 de noviembre del 2012.