



Roj: **SAP S 548/2018 - ECLI: ES:APS:2018:548**

Id Cendoj: **39075370022018100211**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Santander**

Sección: **2**

Fecha: **05/10/2018**

Nº de Recurso: **312/2018**

Nº de Resolución: **529/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **MILAGROS MARTINEZ RIONDA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL SECCION 2

Avda Pedro San Martin S/N

Santander

Teléfono: 942357123

Fax.: 942357142

Modelo: AP004

Proc.: RECURSO DE APELACIÓN

Nº: 0000312/2018

NIG: 3907542120160006896

Resolución: Sentencia 000529/2018

Procedimiento Ordinario 0000604/2016 - 00

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 3 de Santander

Apelante: Jose Augusto ; Procurador: PEDRO REVILLA MARTINEZ

Apelado: Carlos Francisco ; Procurador: FERNANDO GARCÍA VIÑUELA

SENTENCIA nº 000529/ 2018

Il'tmo. Sr. Presidente:

Don José Arsuaga Cortázar.

Il'tmos. Sres. Magistrados:

Don Javier de la Hoz de la Escalera

Doña Milagros Martínez Rionda.

En la Ciudad de Santander a cinco de Octubre de dos mil dieciocho.

Vistos en trámite de apelación ante esta Sección Segunda de la Il'ma. Audiencia Provincial de Cantabria los presentes Autos de Juicio Ordinario número 604 de 2016, (Rollo de Sala número 312 de 2018), procedentes del Juzgado de Primera Instancia número 3 de los de Santander, seguidos a instancia de don Jose Augusto contra don Carlos Francisco .

En esta segunda instancia ha sido parte apelante don Jose Augusto , representado por el Procurador Sr. Revilla Martinez y asistido por la Letrada Sra. Sánchez García; y parte apelada don Carlos Francisco , representado por la Procurador Sr. García Viñuela y asistido por el Letrado Sr. Pellón Fernández-Fontecha.

Es ponente de esta resolución la Il'ma. Sra. Magistrada doña Milagros Martínez Rionda.



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 3 de los de Santander y en los autos ya referenciados, se dictó Sentencia con fecha 5 de diciembre de 2017, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "*FALLO: Desestimar la demanda presentada por la procuradora Dña. Henar Calvo Sánchez en nombre y representación de D. Jose Augusto y absolver a D. Carlos Francisco de las pretensiones de la demanda, imponiendo el pago de las costas a D. Jose Augusto*".

SEGUNDO: Contra dicha Sentencia, la representación de la parte demandante interpuso en tiempo y forma recurso de apelación, que fue admitido a trámite por el Juzgado; y tramitado el mismo, se remitieron las actuaciones a la Il'tma. Audiencia Provincial, previo emplazamiento de las partes, habiendo correspondido por turno de reparto a esta Sección Segunda, donde se ha deliberado y fallado el recurso el día señalado, quedando pendiente de dictarse la resolución correspondiente.

TERCERO: En la tramitación del recurso se han observado las prescripciones legales, excepto el plazo para resolver el recurso, en razón a la existencia de otros asuntos civiles señalados con anterioridad.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se admiten los de la sentencia de instancia, en tanto no sean contradictorios con los que a continuación se establecen, y

PRIMERO.- Los alegatos impugnatorios deducidos en el recurso de apelación del demandante han obtenido adecuada respuesta desestimatoria con los certeros y extensos razonamientos jurídicos y valorativos contenidos en la sentencia de instancia, a la que poco o nada cabe añadir, por lo que bastaría la simple remisión a su contenido para rechazar, siguiendo su correcta pauta, la pretensión indemnizatoria reiterada en esta alzada.

SEGUNDO.- El demandante es mutualista o beneficiario del Instituto Social de las Fuerzas Armadas (ISFAS) y, en su condición de tal, optó por recibir la prestación de asistencia sanitaria de una de las entidades privadas que se le ofrecían, que en este caso era ADESLAS quien, a su vez, tiene convenida la prestación de servicios en Cantabria con el Hospitalario Médico de Cantabria, a cuyo cuadro médico pertenece el demandado.

La relación de ADESLAS con los afiliados y beneficiarios de ISFAS no nace de un contrato de seguro suscrito entre cada uno de los afiliados y dicha entidad; nace del concierto de asistencia sanitaria que ISFAS suscribe con aseguradoras, en este caso ADESLAS, y entre las condiciones que rige este concierto se encuentra contemplada la libre elección de médico por el mutualista, sin que tal circunstancia altere la naturaleza de la relación jurídica existente entre estas entidades, o la que pueda existir entre las mismas y el mutualista.

Es inexistente una relación contractual del actor con ADESLAS, por lo que la acción de responsabilidad contractual es inviable; sólo cabe la extracontractual que, aún computada desde el día en que se obtuvo el resultado de la práctica de la prueba biológica que confirma la paternidad del actor (31 de enero del 2.014), que es claramente la fecha a partir de la cual estuvo en disposición de reclamar (art. 1969 del CC), se encontraría claramente prescrita por haber transcurrido en exceso el plazo de un año al que se refiere el art. 1.968.2º de la LEC.

La sentencia del TS nº 546/2015 de 13 de octubre, referida a un mutualista de MUFACE, dice que cuando el tercero beneficiario del servicio, pero que no ha sido parte en el contrato de naturaleza administrativa, ejercita acción para el resarcimiento de daño sufrido, tal acción tiene su encaje en el artículo 1902 del Código Civil y, por ende, el plazo de prescripción será el de un año. Esta doctrina es extrapolable al supuesto que nos ocupa.

De la prescripción de la acción resulta la imposibilidad de efectuar la imputación de una posible e hipotética responsabilidad civil, ya que su apreciación impide entrar a examinar la viabilidad de la petición resarcitoria, siendo la única consecuencia posible la desestimación de la demanda formulada; No obstante, puesto que la resolución de instancia incorpora razonamientos que inciden en la inexistencia de un consentimiento informado defectuoso- abundando así en los argumentos desestimatorios de la demanda-procede analizar someramente esta cuestión, a los solos efectos de confirmar igualmente su corrección y dando así respuesta a las alegaciones contenidas en el recurso formulado.

TERCERO.- Partiendo de los hechos probados de la sentencia de instancia, así como de la incuestionada adecuación de la praxis del acto médico quirúrgico, se pretende hacer recaer la responsabilidad en la incompleta información médica previa al consentimiento informado.

Esta tesis de la parte actora decae a la vista de las conclusiones probatorias extraídas de las explicaciones ofrecidas por el perito que ha depuesto y que, por lo demás, aparecen tangencialmente corroboradas con las



complementarias observaciones realizadas por la analista y por el biólogo que también han comparecido al acto de la vista.

Conforme a nuestra doctrina jurisprudencial, de la que son ejemplos las Sentencias de la Sala 3ª del TS de 16 de enero del 2.007, 25 de marzo del 2.010, 10 de noviembre del 2.011 y 2 y 30 de enero del 2.012, *"el deber de información no puede entenderse genérico o en términos de probabilidad hipotética, ni ampara la exigencia de información excesiva y desproporcionada con las finalidades curativas o preventivas de la ciencia médica, como es la relativa a riesgos no normales, no previsibles de acuerdo con la literatura médica, o que se basan en características específicas del individuo, que previamente podían no haberse manifestado como relevantes o susceptible de una valoración médica"*.

Aplicando la antedicha doctrina, difícilmente puede mantenerse la exigibilidad de información sobre el riesgo de fertilidad sin recanalización espontánea constatada, puesto que el resultado de los espermogramas realizados ha sido siempre el de azoospermia; La paternidad con azoospermia demostrada en sucesivos análisis- que es el caso que nos ocupa- no tiene, hoy por hoy, explicación científica demostrada y existen muy pocos casos en la literatura médica mundial (ocho en total) por lo que ciertamente tal supuesto no puede .conceptuarse, por su extravagancia, como eventualidad posible y conocida, que haya de ser trasladada al paciente cuando se trata de informar sobre los riesgos de una vasectomía.

CUARTO.- No se advierten serias y fundadas dudas de hecho o de derecho que obsten a la aplicación del criterio del vencimiento objetivo de los arts. 394 y 398 de la LEC.

Así, en ejercicio de la potestad jurisdiccional que nos ha conferido la Constitución Española, y en nombre de Su Majestad el Rey,

FALLAMOS

Que desestimamos el recurso de apelación contra la Sentencia de fecha cinco de diciembre del 2.017 del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Santander, la que se confirma en su integridad, con imposición de las costas de esta apelación.

Contra esta resolución cabe interponer recurso extraordinario de casación y por infracción procesal ante esta Audiencia en el plazo de veinte días.

Y con testimonio de esta resolución, devuélvase los autos originales al Juzgado de procedencia para su ejecución y cumplimiento.

Así por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.