



Roj: **STS 1949/2019 - ECLI:ES:TS:2019:1949**

Id Cendoj: **28079110012019100309**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **06/06/2019**

Nº de Recurso: **3800/2016**

Nº de Resolución: **326/2019**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **EDUARDO BAENA RUIZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP SS 776/2016,**  
**STS 1949/2019**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 326/2019**

Fecha de sentencia: 06/06/2019

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 3800/2016

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 21/05/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz

Procedencia: Audiencia Provincial de Guipuzcoa, sección 3.<sup>a</sup>

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

Transcrito por: ezp

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 3800/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 326/2019**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Francisco Marin Castan, presidente

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. Eduardo Baena Ruiz



D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Angeles Parra Lucan

En Madrid, a 6 de junio de 2019.

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada con fecha 29 de septiembre de 2016, por la Audiencia Provincial de Guipúzcoa (sección 3.<sup>a</sup>), en el rollo de apelación 3222/2016, dimanante de los autos de juicio ordinario número 1012/2013, del Juzgado de Primera Instancia número 8 de San Sebastián.

Ha comparecido ante esta sala en calidad de parte recurrente la procuradora D.<sup>a</sup> María Ester Centoira Parrondo en nombre y representación de Zurich España, CÍA. de Seguros y Reaseguros.

Ha comparecido ante esta sala en calidad de parte recurrida el procurador D. José Luis Martín Jaureguibeitia en nombre y representación de Osakidetza Servicio Vasco de Salud, así como la procuradora D.<sup>a</sup> Isabel Julia Corujo, en nombre y representación de D. Jose Manuel .

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz.

## ANTECEDENTES DE HECHO

### PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- El procurador de los Tribunales D. Tomás Salvador Palacios, en nombre y representación de D. Jose Manuel , interpuso demanda de juicio ordinario contra la entidad de Seguros Zurich, SA, solicitando al Juzgado se dictase sentencia en los siguientes términos:

"Que admitiendo el presente escrito con los documentos acompañados y copia de todo tenga en su virtud por interpuesta demanda en juicio ordinario frente a la entidad Seguros Zurich, SA, y a mi por parte en la representación que ostento par que previo el cumplimiento de los necesarios trámites legales dicte en su día sentencia en la que declarando con carácter principal la responsabilidad civil de la entidad demandada, se le imponga en consecuencia a la mercantil Seguros Zurich SA, la obligación de abonarle a d. Jose Manuel la suma de 1346.300,00.- €, como indemnización por daños y perjuicios que se le han provocado, ordenando la aplicación de los intereses que fueren legalmente aplicables y en particular los moratorios establecidos en el art. 20 de la Ley de contrato de Seguro , con expresa imposición a la demandada de las costas procesales de la instancia por ser Justicia que pido en San Sebastián el día 12 de noviembre de 2013."

2.- El Juzgado dictó decreto admitiendo a trámite la demanda y dando traslado a las partes para su contestación.

3.- La procuradora de los tribunales D.<sup>a</sup> Sara Aramburu, en nombre y representación de Zurich España Cia de Seguros y Reaseguros, contestó a la demanda interponiendo excepción declinatoria de falta de jurisdicción.

4.- El Juzgado dictó auto el 28 de abril de 2014 desestimando la declinatoria de jurisdicción planteada por Zurich, SA.

5.- La procuradora D.<sup>a</sup> Inmaculada Bengoechea Ríos actuando en nombre y representación de Osakidetza Servicio Vasco de Salud, solicitó intervenir adhesivamente en el presente proceso como parte demandada, alegando tener un interés directo y legítimo en su resultado.

6.- La procuradora de los tribunales D.<sup>a</sup> Sara Armburu, en representación de Zurich, SA, contestó a la demanda y suplicó al Juzgado:

"[...] que en su día dicte resolución estime la excepción de defecto en el modo de proponer la demanda y en el acto de la audiencia Previa se exhorte al demandante a subsanar el defecto alegado; estime la prescripción de la acción alegada y, en todo caso, desestime en su integridad la demanda interpuesta condenando a la actora al pago de las costas del presente procedimiento."

7.- El Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Donostia, dictó auto el 3 de abril de 2014 , admitiendo la intervención de Osakidetza-Servicio Vasco de Salud que será considerada como parte demandada a todos los efectos.

8.- El Juzgado de Primera Instancia n.º 8 de Donostia dictó sentencia el 29 de diciembre de 2015 con la siguiente parte dispositiva:

"Que desestimando la excepción de prescripción formulada por las meritadas representaciones procesales de las demandadas, debo desestimar y desestimo íntegramente la demanda interpuesta por el procurador D. Tomás Salvador Palacios actuando en nombre y representación de D. Jose Manuel , y asistido del letrado D. Salvador Asenjo García contra Zurich España, Cía. Seguros y Reaseguros (en adelante Zurich), representada por la procuradora D.<sup>a</sup> Sara Aramburu Cendoya y defendida por el letrado D. Eduardo Asensi Pallarés; y la



interviniente Osakidetza Servicio Vasco de Salud ( art. 13.3 L.E.C ), representada por la procuradora D.ª Inmaculada Bengoechea Ríos y defendida por la letrada D.ª Carolina Santolaya; y, debo absolver y absuelvo a Zurich España, Cía. Seguros y Reaseguros de todos los pedimentos deducidos en su contra.

"Se imponen expresamente de las costas al actor, D. Jose Manuel ."

9.- La representación procesal de D. Jose Manuel , solicitó la aclaración de la anterior sentencia y el Juzgado dictó auto el 17 de febrero de 2016, desestimando dicha solicitud.

**SEGUNDO.-** *Tramitación en segunda instancia.*

1.- Contra la anterior sentencia interpuso recurso de apelación la representación procesal de D. Jose Manuel , correspondiendo su resolución a la sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, que dictó sentencia el 29 de septiembre de 2016 con la siguiente parte dispositiva:

"Que estimado en lo fundamental el recurso de apelación interpuesto por el procurador D. Tomás Salvador Palacios en nombre y representación de D. Jose Manuel frente a la sentencia dictada por el Juzgado de primera Instancia n.º 8 de San Sebastián, de fecha 29 de diciembre de 2015 , debemos revocar y revocamos la misma, y en su lugar condenamos a la aseguradora Zurich España compañía de Seguros y Reaseguros representada por la procuradora D.ª Inmaculada Bengoechea Ríos a abonar al actor la suma de 82.850 euros de principal, s.e.u.o. con los intereses del artículo 20 de la L.C.S . a contar desde el 25 de junio de 2012, todo ello con expresa imposición de costas en ambas instancias, a la vez que se desestiman las impugnaciones planteadas por Osakidetza y la aseguradora Zurich a la citada sentencia de primera instancia."

**TERCERO.-** *Interposición y tramitación del recurso de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación.*

1.- Contra la sentencia dictada por la sección 3.ª de la audiencia Provincial de Guipúzcoa, interpusieron sendos recursos la representación procesal de Zurich, SA, así como la representación procesal de Osakidetza, con base en los siguientes motivos:

Recurso de Zurich Global Insurance, PLC.

El recurso de casación se articula en dos motivos:

Primero.- Se basa en la infracción de los artículos 1968 y 1964 del CC y 142.5 de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común .

Segundo.- Se basa en la vulneración de los artículos 1968.2 y 142.5 de la Ley 30/1992 del régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo común .

El recurso extraordinario por infracción procesal de Zurich, se formula al amparo del ordinal 4.º del art. 469. 1 de la LEC , se sustenta sobre la infracción del art. 24 de la CE .

Recurso de Osakidetza.

Los motivos del recurso de casación son dos:

Primero.- infringe los artículos 1968.2 , 1902 del Código Civil e infringe el art 142-2 de la Ley de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común por oposición o errónea aplicación, de la doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo,

Segundo.- infringe la doctrina de la Sala Primera del TS en relación a la prescripción en caso de daños permanentes y su incidencia en la determinación del "dies a quo" para el computo del plazo de ejercicio de la acción ( art. 1902 CC , art. 968-2 del CC y 1969 del CC ).

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal son dos:

Motivo primero.- De acuerdo a lo previsto en el artículo 469 de la LEC apartado 4.º. Vulneración del artículo 24 CE .

Motivo segundo.- De acuerdo a lo previsto en el artículo 469 de la LEC apartado 4.º. Vulneración del artículo 24 CE .

2.- La sala dictó auto el 17 de octubre de 2018 con la siguiente parte dispositiva:

"1º) Admitir el recurso extraordinario por infracción procesal y de casación interpuesto por la representación procesal de Osakidetza y admitir el recurso extraordinario por infracción procesal y de casación interpuesto por la representación procesal de Zurich España, Cía. de Seguros Y REASEGUROS contra la sentencia dictada con fecha 29 de septiembre de 2016, por la Audiencia Provincial de Guipúzcoa (sección tercera), en el rollo de



apelación 3222/2016, dimanante de los autos de juicio ordinario número 1012/2013, del Juzgado de Primera Instancia número 8 de San Sebastián.

"2º) Abrir el plazo de veinte días, a contar desde la notificación de este auto, para que la parte recurrida formalice por escrito su oposición al recurso. Durante este plazo las actuaciones estarán de manifiesto en la Secretaría.

**3.-** La representación procesal de D. Jose Manuel, manifestó su oposición a la interposición de los referidos recursos.

**4.-** No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo del recurso el 21 de mayo de 2019, en que ha tenido lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.- *Resumen de antecedentes.*

Son hechos relevantes de la instancia para la decisión del recurso los que se exponen a continuación:

**1.-** Por parte de la representación procesal de D. Jose Manuel se presentó con fecha 12 de noviembre de 2013 escrito de demanda de juicio ordinario contra Zurich España, S.A. De Seguros y Reaseguros, por la que terminó suplicando al juzgado el dictado de una sentencia por la que se condenara a la demandada a pagar a su representado la cantidad de 136.300 euros, más los intereses legales desde la fecha de interposición de la demanda.

El día 9 de junio de 2014 la representación procesal de Osakidetza solicitó la intervención adhesiva en el proceso y mediante auto de fecha 15 de septiembre de 2014 se acordó su intervención en el proceso como parte demandada a todos los efectos.

La parte demandante funda fáctica y jurídicamente su pretensión sobre la base de la asistencia médico quirúrgica, que por parte de Osakidetza, asegurada por Zurich España, S.A. De Seguros y Reaseguros, se le dispensó ante una dolencia renal.

**2.-** Tras relatar en la demanda los avatares sufridos, según consta en la historia clínica, afirma que:

"El día 01 de marzo de 2011 finalmente ingresó el Sr. Jose Manuel en el mismo Centro Médico para que le extirpasen su riñón izquierdo, como así ocurrió, cerrándose con ello todo el proceso de las asistencias dispensadas que en esencia se resumen recordando cómo el Sr. Jose Manuel, que acudió al Hospital Donostia para ser atendido de un cálculo renal, y sin que hubiera mediado ninguna otra circunstancia distinta del tipo de asistencias que le fueron dispensadas, terminó perdiendo un riñón que en el momento de ingresar en la Clínica no sufría ningún tipo de afección, y menos, alguna afección que conllevara un riesgo de necrosis."

De ese hecho colige la secuela, cuya indemnización postula, y que la describe en los siguientes términos:

"Desgraciadamente no hay mucho que explicar en relación con el daño y la consiguiente secuela provocada a Don Jose Manuel por la negligente asistencia médica dispensada en la forma que acabamos de exponer, porque la pérdida de un riñón no sólo significa un déficit anatómico importantísimo sino, además, todas las consecuencias que de ello se le derivan a una persona tanto en el ámbito de su vida ordinaria de trabajo y de relación social que empeora de manera notable, como en cuanto al riesgo que ello conlleva de que el otro riñón pudiera sufrir algún padecimiento futuro que anulase o disminuyese su función, en cuyo caso se le impondría al paciente la necesidad de someterse a un trasplante renal si tuviera la suerte de recibirlo o el tener que someterse mientras tanto, y tal vez de por vida, a un tratamiento de hemodiálisis como única fórmula de supervivencia.

"La necesidad de extirpar, uno de los dos riñones tiene importantes consecuencias incluso para el posterior funcionamiento del otro riñón que a partir de ese momento tiene que trabajar más duro para compensar la falta, lo cual con el tiempo puede traducirse en una mayor probabilidad de que se produzca cualquier enfermedad en el riñón conservado sobre todo si no disminuyen los niveles de proteínas consumidas por el paciente ya que el riñón es el órgano responsable de eliminar los productos de deshecho del metabolismo de proteínas.

"Por consiguiente estamos hablando de un daño gravísimo causado de forma directa por la negligente actuación médica contraria a los protocolos asistenciales aplicables al caso, como luego explicaremos en detalle, y cuya valoración a efectos indemnizatorios ciframos en la suma que luego indicaremos."

**3.-** En la propia demanda describe las circunstancias extrajudiciales sobre la reclamación, previas a la presentación de la demanda.

El relato que hace es el siguiente:

"1.º.- Como acreditamos con el Documento n.º, 3, desde, que ocurrieron los hechos descritos y la situación que con ellos se le provocó, el Sr. Jose Manuel se dispuso a reclamar la indemnización del daño que sufría y para ello se vio en la necesidad de solicitar su historia clínica con la que poder probar los motivos que iban a servir de fundamento a su reclamación, para lo cual tuvo que interponer el día 21 de noviembre de 2011 las diligencias preliminares que como ya. hemos dicho fueron tramitadas ante el Juzgado de 1.ª Instancia n.º 8 de San Sebastián con el número 452/2012 hasta que el día 28 de noviembre de 2011, en el que se celebró la comparecencia, se nos hizo entrega de la historia clínica que solicitamos y que aquí aportamos con el doc. n.º 5 junto con el seguro de responsabilidad civil con el que la entidad demandada cubría la derivada del siniestro descrito doc n.º 2.

"2.º.- A raíz de comprobar por el contenido de la historia clínica así obtenida las negligencias que se habían cometido en las prestaciones médicas que le habían dispensado, el Sr. Jose Manuel formalizó a través de su Letrado la reclamación de fecha 25 de junio de 2012 que acredito con los documentos n.º 6 y 7, en la que además se ponía a la, disposición de Osakidetza para intentar una posible solución extrajudicial: solución que no pudo ni siquiera comenzar a estudiarse porque Osakidetza ni siquiera se ocupó de contestarle y ello a pesar de que como puede verse en el condicionado de su seguro doc. n.º 2, se trataba de un siniestro que estaba perfectamente cubierto en cuanto a sus consecuencias económicas a través de la póliza emitida por "Seguros Zuricha, S.A." tal y como se recoge en su página 8 bajo los epígrafes de "reclamación" y de "alcance del seguro".

"A ésta primera reclamación le sucedieron otras como la de 16 de julio de 2012 documentos n.ºs. 8 y 9), o la de 25 de junio de 2013 (documentos n.ºs. 10 y 11) que no obtuvieron ninguna respuesta por parte de su destinatario haciendo con ello inevitable muy a nuestro pesar el ejercicio de la presente reclamación judicial."

**4.-** Contrariamente, la demandada Osakidetza se opuso a la demanda por considerar inciertas las cuestiones de hecho puestas de manifiesto en la demanda y por su disconformidad con la cuantía reclamada. Pese que esta parte no alegó la excepción de prescripción en el momento de contestar a la demanda, se adhirió a tal excepción opuesta por Zurich que además puso de manifiesto que no deben confundirse los daños continuados con los daños permanentes. Subsidiariamente, Zurich alegó la actuación correcta de los profesionales de Osakidetzae.

**5.-** La sentencia de primera instancia, tras recoger de manera pormenorizada los diversos aspectos plasmados en la demanda, en las respectivas contestaciones junto a la excepción de prescripción de la Cia de Seguros Zurich, y la actuación correcta de todos los sanitarios / facultativos, junto a la suma reclamada, desestimó la excepción, marcó la diferencia entre la necesidad de proporcionar el tratamiento adecuado y el deseable resultado final, destacó como el paciente tenía la carga de la prueba en orden a acreditar el nexo causal entre la factible acción u omisión y el resultado obtenido, concluyendo en la desestimación de la demanda con expresa imposición de costas.

**6.-** En lo ahora relevante, que es lo relativo a la excepción de prescripción, desestimó la misma por considerar que la acción de responsabilidad contractual del art. 76 LCS no estaba prescrita, al haberse ejercitado en el plazo de los quince años.

**7.-** Contra la anterior sentencia interpuso recurso de apelación la parte actora y fue impugnada por las partes demandadas respecto a la excepción de prescripción.

Correspondió conocer del recurso a la sección tercera de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, que dictó sentencia el 29 de septiembre de 2016 por la que estimó en lo fundamental dicho recurso y, como consecuencia de su estimación condenó a Zurich a abonar al actor la suma de 82.850 euros de principal con los intereses del art. 20 LCS a contar desde el 25 de junio de 2012.

Desestimó las impugnaciones planteadas por las demandadas respecto a la prescripción de la acción.

**8.-** La motivación de la audiencia para desestimar la excepción de prescripción, en coincidencia con lo resuelto por la sentencia de primera instancia, es la siguiente:

"La juzgadora a la hora de desestimar la excepción apuntó conforme a reiterada postura jurisprudencial plasmada entre otras en una resolución de este mismo Tribunal de 9 de diciembre de 2008, que el perjudicado por un comportamiento dañoso podía basar su pretensión contra el dañador con la invocación conjunta o acumulativa de la fundamentación jurídica propia de la responsabilidad contractual y extracontractual, arts. 1902 y 1101 del C.C. y concordantes.

"En este mismo sentido citaba en su sentencia toda una serie de resoluciones en donde se destacaba la yuxtaposición de responsabilidades, concluyendo en el sentido de no proceder la excepción esgrimida.

"Se trataría a la postre, que ninguno de los demandados se viera sorprendido por la interposición de una demanda en base a unos hechos transcurridos mucho tiempo atrás y por tanto "olvidados", pudiendo destacar la fecha del escrito de Diligencias Preliminares en mayo de 2012, claramente demostrativas de la intención del paciente, junto a los documentos aportados (diciembre de 2014 y marzo de 2015) ya iniciado el pleito, recogiendo actuaciones relativas a pruebas diagnosticas al efecto de calibrar de la manera más seria posible la repercusión, que la pérdida de un riñón podía provocar en el restante sano, y en la vida del propio paciente, labores a no confundir con actuaciones digamos rutinarias tras una operación, siendo el resultado o conclusiones obtenidas fundamental para comprobar / medir el daño sufrido.

"Asimismo, tendríamos las reclamaciones cursadas a Osakidetza en junio y julio de 2012 y junio de 2013, todo ello junto a la resolución de Osakidetza de julio del año 2012, en relación al expediente administrativo abierto dejándolo en suspenso.

"Procede en consecuencia la desestimación de la excepción, sin olvidar tampoco la reiterada jurisprudencia relativa a estimar la prescripción de manera totalmente restrictiva".

**9.-** La representación procesal de Osakidetza interpone contra la anterior sentencia recurso de casación por interés casacional y recurso extraordinario por infracción procesal.

**10.-** Los motivos del recurso de casación son dos:

(i) Motivo primero. Enunciación y desarrollo.

La sentencia recurrida dictada por la Audiencia Provincial de Gipuzkoa, infringe los artículos 1968.2 , 1902 del Código Civil e infringe el art 142-2 de la Ley de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común por oposición o errónea aplicación, de la doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo, en relación a la naturaleza extracontractual de la acción ejercitada por un afiliado de la Seguridad contra la Compañía Aseguradora que cubre el siniestro en virtud de un contrato con la Administración, siendo la acción de responsabilidad la del art. 1902 del CC en relación al art. 1968.2 del CC que establece la prescripción de la acción.

En el desarrollo del motivo alega la recurrente que:

"La sentencia de instancia, cuyo argumento es acogido por la Audiencia provincial, entiende que estamos ante una relación contractual o en todo caso ante una situación fáctica en la que cabe aplicar la doctrina de la unidad de culpa, o yuxtaposición de responsabilidades, contractual y extracontractual.

"Sin embargo, dicha conclusión contraviene la Jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, que ha manifestado que la relación que une al actor incurso en la Seguridad Social, constituye, una relación "jurídico/pública" o por imposición legal -obligatoriedad de afiliación "ope legis", según el art, 12 de la Ley General de la Seguridad Social , distinta en su conformación técnica de la genuina relación contractual, por lo que cualquier acción que vierta su pretensión en el orden civil del derecho y cuando sea éste competente habrá de encuadrarse en la de tipo extracontractual o aquiliana y esto es "incontestable" según la doctrina jurisprudencial más reciente. Así el plazo de prescripción es el que se establece en el art. 1968-2, no siendo de aplicación el criterio de unidad de culpa o yuxtaposición de responsabilidades."

Cita como sentencias de contraste las SSTS n.º 113/2000, de 12 de febrero ; 11 de junio de 2001, rec. 1306/1996 ; 4148/2015, de 13 de octubre ; 19 de diciembre de 2008, rec. 2075/2002 ; 26 de marzo de 2009, rec. 2024/2002 y 14 de septiembre de 2015, rec. 2377/2013 .

(ii) Motivo segundo. Enunciación y desarrollo.

La sentencia recurrida dictada por la Audiencia Provincial de Guipuzkoa, infringe la doctrina de la Sala Primera del TS en relación a la prescripción en caso de daños permanentes y su incidencia en la determinación del "dies a quo" para el computo del plazo de ejercicio de la acción ( art. 1902 CC , art. 968-2 del CC y 1969 del CC ), así como la Jurisprudencia que establece que el plazo de prescripción es improrrogable, vulnerándose el art. 9-3 de la CE .

En el desarrollo del motivo entiende la recurrente: "que el problema jurídico que conlleva el interés casacional es que la jurisprudencia ha considerado muy relevante distinguir los distintos tipos de daños, en permanentes, continuos y tardíos, ya que la calificación del mismo tiene consecuencias muy importantes en el cómputo del plazo de prescripción.

En este caso se infringe la doctrina del daño permanente y el art. 9-3 de la CE base de la prescripción, además de aplicar de manera incorrecta el art 1968-2 y 1969 del CC , infringiendo "el principio actio nondum nata non praescribitur".



Cita como sentencias de contraste las SSTs de 20 de octubre de 2015, de Pleno, rec. 3140/2014 ; 899/2011, de 3 de noviembre , y 589/2015, de 14 de diciembre .

**11.-** Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal son dos:

(i) Motivo primero. Se interpone recurso de casación por infracción procesal de acuerdo a lo previsto en el artículo 469 de la LEC apartado 4.º. vulneración del art. 24 CE , que garantiza la tutela judicial efectiva por error patente en la valoración de la prueba en los términos que a continuación se indica:

La Audiencia Provincial alcanza unas conclusiones contrarias a la lógica y arbitrarias, puesto que se hacen en base a un documento inexistente, entendiéndose que el Servicio Vasco de Salud ha dejado en suspenso un procedimiento administrativo, cuando en realidad nunca llegó abrirse y no existe en autos ninguna prueba del mismo.

Aunque va habiendo prescripción cuando se presentaron los escritos del paciente en Osakidetza. puesto que se presentaron en junio y julio de 2012 con la acción prescrita según lo expuesto, nos gustaría aclarar que en virtud del escrito presentado en junio de 2012 no se llegó a abrir ningún procedimiento. Esto es no existe ningún procedimiento dejado en suspenso, tal y como declara la Audiencia de Gipuzkoa.

(ii) Motivo segundo. Se interpone recurso de casación por infracción procesal de acuerdo a lo previsto en el artículo 469 de la LEC apartado 4º. Vulneración del art. 24 CE , que garantiza la tutela judicial efectiva por error patente en la valoración de la prueba en los términos que a continuación se indica:

En la valoración de los documentos presentado por la parte ahora recurrida en abril de 2015, por incurrir en una interpretación arbitraria y contraria a la lógica jurídica ya que desconociendo el resultado de dichas peticiones de pruebas, las mismas sirven para fundamentar la desestimación de la prescripción y la fijación del *dies a quo* de forma arbitraria y errónea, dicho sea con el respeto debido.

Error patente en la valoración de los documentos 12 y 13, puesto que a unas citas para la realización de unas ecografías urológicas, se le da un valor jurídico y fáctico. desconociendo el resultado de las mismas y fijando un *dies a quo* arbitrario.

**12.-** La representación procesal de Zurich Global Insurance PLC, sucursal en España, interpuso contra la citada sentencia de la Audiencia recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación por interés casacional.

El recurso extraordinario por infracción procesal lo articula en un solo motivo, que coincide con el segundo articulado por la codemandada Osakidetza.

Los dos motivos del recurso de casación son coincidentes con los del recurso de casación interpuesto por la codemandada y asegurada.

**13.-** Los recursos de ambas partes, en las dos modalidades a que se ha hecho mención, giran sobre una misma cuestión, a saber sobre la prescripción de la acción, opuesta como excepción por Zurich y a la que se adhirió su asegurada Osakidetza.

**14.-** La sala dictó auto el 17 de octubre de 2018 por el que acordó admitir los recursos extraordinarios por infracción procesal y los recursos de casación interpuestos por ambas partes demandadas.

La parte recurrida, tras el oportuno traslado, formuló escrito de oposición a los recursos.

**SEGUNDO.-** A la vista de la equivocidad con la que se redacta el fundamento de derecho quinto de la sentencia recurrida, por no expresarse de modo claro y diáfano si comparte o no la tesis de la sentencia de primera instancia sobre el plazo de prescripción y por no fijar también de un modo claro el *dies a quo* para su cómputo, la sala ha de afrontar la decisión de los recursos con una ambivalencia fáctica y jurídica para la mejor inteligencia de su resolución.

Ello nos obliga a hacer una serie de consideraciones antes de abordar la respuesta a los concretos motivos de cada recurso.

**1.-** Como afirma la sentencia 74/2019, de 5 de febrero , a "efectos de admisibilidad del recurso, el hecho de que el instituto de la prescripción presente, junto al aspecto fáctico, una dimensión jurídica , ha permitido a esta sala revisar la decisión de la instancia por razones de correcta aplicación e interpretación de la normativa y jurisprudencia aplicables ( sentencia 134/2012, de 29 de febrero )"

Así lo declara respecto al *dies a quo* (día inicial) para el cómputo del plazo de prescripción de las acciones la sentencia de 27 de mayo de 2009, rec. 2933/2003 .



Al igual sucede con la interrupción de la prescripción, pues también tiene declarado la sala (sentencia 209/2010, de 8 de abril) que es una cuestión de hecho, cuya apreciación compete a la sala de instancia (SSTS de 29 de junio de 1964 ; 31 de mayo de 1965 ; 11 de febrero de 1966 ; 30 de diciembre de 1967 ; 2 de junio de 1987 ; 14 de mayo de 1986 ; 29 de octubre de 2001 y 28 de octubre de 2003 ).

De ahí que se torne fundamental, para el adecuado encaje del recurso, indagar en qué aspecto incide la *ratio decidendi* de la sentencia recurrida, para apreciar si desconoce el aspecto jurisprudencial que justificaría el interés casacional, o solo se contrae a la cuestión de hecho.

Dada la equívocidad de la *ratio decidendi* de la sentencia recurrida, nos vemos compelidos a decidir sobre todas las cuestiones que plantean las partes recurrentes, tanto en los recursos extraordinarios por infracción procesal como en los recurso de casación.

**2.-** Es cierto que la prescripción ha de ser interpretada restrictivamente por tener su fundamento en razones de seguridad jurídica y no de justicia material, pero también lo es que ( sentencia 134/2012, de 29 de febrero ) es doctrina reiterada de esta Sala la que señala que una cosa es que el plazo de prescripción de un año establecido en nuestro ordenamiento jurídico para las obligaciones extracontractuales sea indudablemente corto y que su aplicación no deba ser rigurosa sino cautelosa y restrictiva, y otra distinta que la jurisprudencia pueda derogar, por vía de interpretación, el instituto jurídico que nos ocupa, pues ello aparece prohibido por el ordenamiento jurídico ( STS 22 de febrero 1991 ; STS de 16 de marzo 2010 ). El plazo prescriptivo es improrrogable y no es posible una interpretación extensiva de los supuestos de interrupción ( SSTS 27 de septiembre de 2005 ; 3 de mayo 2007 ; 19 de octubre 2009 ; 16 de marzo 2010 , entre otras).

**3.-** Respecto al día inicial para el cómputo del plazo de prescripción tiene declarado la sala (sentencia 545/2011, de 18 de julio) que la prescripción de la acción, en supuestos como el que se enjuicia, para reclamar por secuelas se inicia con la determinación de su alcance o de los defectos permanentes originados, pues hasta que no se determina ese alcance no puede reclamarse por ellas ( STS de 20 de mayo de 2009 , 14 de julio de 2008 , 13 de julio de 2003 y 26 de mayo de 2010 ). El conocimiento del daño sufrido que ha de determinar el comienzo del plazo de prescripción lo tiene el perjudicado al producirse el alta, en la medida que en esta fecha se declaran estabilizadas las lesiones y se concretan las secuelas o, lo que es igual, se determina en toda su dimensión el daño personal y los conceptos que han de incluirse en la indemnización ( SSTS, de Pleno, de 17 de abril de 2007, rec. n.º 2908/2001 y de 17 de abril de 2007, rec. n.º 2598/2002 , así como SSTS de 7 de mayo de 2009, rec. n.º 220/2005 ; 9 de julio de 2008, rec. n.º 1927/2002 ; 10 de julio de 2008, rec. n.º 1634/2008 , 10 de julio de 2008, rec. n.º 254/2003 ; 23 de julio de 2008, rec. n.º 1793/2004 ; 18 de septiembre de 2008, rec. n.º 838/2004 y 30 de octubre de 2008, rec. n.º 296/2004 ).

Recursos de Osakidetza.

Recurso extraordinario por infracción procesal.

**TERCERO.-** *Motivo primero. Decisión de la sala.*

**1.-** Si la parte recurrente cita el art. 24 CE y el apartado 4.º del art. 469 LEC es porque así se viene exigiendo por la sala como cauce adecuado cuando se denuncia el error patente de la sentencia recurrida a la hora de la valoración de la prueba.

**2.-** Dentro de la equívocidad ya predicada de la sentencia recurrida respecto de la excepción que nos ocupa, parece que la cita que hace del "expediente administrativo abierto dejándolo en suspenso" parece tener por finalidad inferir la voluntad del perjudicado en conservar su derecho, lo que supone una valoración jurídica propia del recurso de casación.

Pero tiene un aspecto fáctico indudable, que justifica el motivo, a saber si es cierto o no que existía un expediente administrativo abierto y que la Administración sanitaria lo dejó en suspenso.

**3.-** Basta la lectura de los documentos n.º 6 y 8 para apreciar el error patente en que incurre la sentencia recurrida, pues en ellos consta que la voluntad del recurrido no era iniciar un procedimiento de reclamación patrimonial contra la Administración, sino simplemente el de interrumpir la prescripción a los efectos de un eventual ejercicio de acciones judiciales.

Por tanto el motivo se estima. Difícilmente puede quedar en suspenso un expediente administrativo que no se ha iniciado.

**CUARTO.-** *Motivo segundo. Decisión de la sala.*

**1.-** Al igual que en el anterior motivo hay que diferenciar un aspecto fáctico y otro jurídico respecto a la valoración de los documentos 12 y 13 presentados por la parte recurrida en abril de 2015.





2.- En el aspecto fáctico, que es el que tiene encaje en este motivo, la sentencia no yerra, ni lo alega la recurrente, en el contenido de ambos documentos, que son citas para unas pruebas radiagnósticas.

La discrepancia se encuentra en su finalidad, pues la sentencia recurrida afirma que era para "calibrar la repercusión que la pérdida de un riñón podía provocar en el restante sano y en la vida del propio paciente", esto es, que no eran actuaciones rutinarias tras una operación.

Pero, sin embargo, tal afirmación no tiene ningún apoyo fáctico en el que se recoja tal finalidad, sino que se compadece más con un control urológico periódico del único riñón, en atención a los antecedentes del paciente.

Si la finalidad fuese la sustentada por la sentencia recurrida sería llamativo que la extirpación del riñón izquierdo se practicase el 1 de marzo de 2011 y la primera cita para calibrar "de la manera más seria posible la repercusión" se demorase al 19 de diciembre de 2014.

De otra parte no consta el resultado de esas pruebas, si es que la parte pretendía acreditar unas secuelas no contempladas en su escrito de demanda, que la sala ha destacado en el resumen de antecedentes, y cuyo resultado hubiese tenido cauce procesal para aportar a los autos.

Por todo ello el motivo se estima.

Recurso de casación.

**QUINTO.-** *Motivo primero. Decisión de la sala.*

1.- El origen de la responsabilidad médico-sanitaria puede ser contractual, extracontractual y *ex delicto*.

Ante la tesitura del perjudicado en las dos primeras, a la hora de encausar su reclamación, este habría de identificar la acción a ejercitar, facilitando la jurisprudencia dicha labor mediante la doctrina de la unidad de la culpa.

Lo que sucede es que en ocasiones se ha acudido a la denominada unidad de la culpa de forma hartera, para salvar la prescripción de la acción ejercitada. Por lo que aquí interesa en aquellos supuestos de reclamaciones frente a loas Administraciones públicas sanitarias.

2.- En una primera etapa la sala se inclinó por el plazo de prescripción de quince años, atendiendo a la culpa contractual, con apoyo, en esencia, en la de la unidad de culpa ( SSTS de 29 de octubre de 1992 ; 18 de febrero de 1997 ; 31 de diciembre de 1997 y 6 de mayo de 1998 ).

En este sentido se pronunció la sentencia de 30 de diciembre de 1999 , pero en ella se formuló un voto particular, que supuso un punto de inflexión y antecedente de la doctrina actual.

En él se declara que no existe [...ninguna relación de naturaleza contractual, ni el órgano judicial, pese a ello, puede aplicarla porque así convenga al afiliado. No se ve que los derechos del sujeto al que se le imputa responsabilidad haya de quedar pospuestos al de la víctima, sin ninguna posibilidad de defensa jurídica. Tampoco cabe aquí obviamente acudir a la tan debatida opción entre la responsabilidad extracontractual y contractual por un mismo hecho, o a una yuxtaposición de ambas responsabilidades...].

La sentencia de 12 de febrero de 2000 acogió el criterio del voto particular antes mencionado, cuya orientación jurisprudencial ha sido confirmada por otras posteriores.

La sentencia 546/2015, de Pleno, de 3 de octubre de 2015 , cita la sentencia de 24 de mayo de 2001, rec. 1306/1996 , que abordó la naturaleza contractual o no, precisamente a efectos del plazo de prescripción de la acción, entre la persona afiliada a la Seguridad Social y el centro hospitalario integrado en el sistema que le presta asistencia médica, y declara que: "...de un lado, que la inmensa mayoría de las sentencias de esta Sala que estudian la prescripción en casos semejantes al presente lo hacen dando por supuesto que el plazo a considerar es el de un año del art. 1968-2º CC ; y de otro, que resulta difícil sostener esa naturaleza contractual o análoga a la contractual desde la configuración constitucional de la Seguridad Social como un régimen que los poderes públicos tienen que mantener para garantizar a todos los ciudadanos la asistencia y prestaciones sociales suficientes ( art. 41 CE ), lo que convierte a la Seguridad Social en una función del Estado y a su régimen en un régimen legal y público según la doctrina del Tribunal Constitucional ( SSTC 65/87 y 37/94 , que a su vez citan otras anteriores). Precisamente estas razones justificaron el voto particular discrepante a la citada sentencia de 30- 12-99, y con posterioridad a la misma se ha dictado por esta Sala la sentencia de 12-2-00 (recurso 1562/96 ) considerando "incontestable" la prescripción de un año por constituir en el caso examinado la relación del enfermo con el Servicio Andaluz de Salud una "relación jurídico-pública ... distinta en su conformación técnica de la genuina contractual."



Con posterioridad a la sentencia citada, la sentencia 414/2009, de 29 de mayo, se ocupó del mismo problema y declara que " esta Sala en sentencia de 26 de marzo de 2009, reiterando otras anteriores, como manifestación de un criterio jurisprudencial ya consolidado, ha señalado que la acción de responsabilidad civil dirigida contra la Administración Sanitaria está sujeta al plazo de prescripción de un año establecido en el artículo 1968 Código Civil para la responsabilidad extracontractual, rechazando la calificación de contractual partiendo de la configuración constitucional de la Seguridad Social como un régimen que los poderes públicos tienen que mantener para garantizar a todos los ciudadanos la asistencia y prestaciones sociales suficientes ( art. 41 CE ) y de su consideración como una función del Estado sujeta a un régimen de configuración legal y de carácter público según la doctrina del Tribunal Constitucional ( SSTC 65/1987 y 37/1994 ).".

**3.-** Por tanto existe un criterio jurisprudencial consolidado de la sala en el sentido de que las relaciones entre el paciente o usuario del servicio sanitario y el ente público que lo dispensa no son, en puridad, contractuales.

La consecuencia es que las reclamaciones que se formulen contra la entidad aseguradora del ente ante la jurisprudencia civil o contra el propio ente público, que es el caso, han de basarse en la responsabilidad extracontractual y la acción se encuentra sujeta al plazo anual de prescripción a que hace mención el art. 1968. 2.º CC .

Por tanto, ya no cabe transmutar en daños contractuales los que son extracontractuales para salvar la prescripción.

El motivo se estima.

**SEXTO.-** *Motivo segundo. Decisión de la sala.*

**1.-** El planteamiento que hace la sentencia recurrida es correcto, pues ciñe el problema a fijar el momento de inicio del plazo de prescripción, para poder deducir si el reclamante, por la razón que fuere, dejó de lado o se desentendió de una posible reclamación.

Para ello entiende que se ha de ponderar la fecha de la demanda, 12 de noviembre de 2013, con las pretéritas acciones del actor.

**2.-** A tal fin destaca como fecha del escrito de Diligencias Preliminares el mes de mayo de 2012, y no la indicada por la parte actora en su demanda, de 21 de noviembre de 2011, pues así quedó demostrado por las partes demandadas con la aportación a los autos en la audiencia previa de las diligencias preliminares 452/2012.

**3.-** Junto a la petición de diligencias preliminares tiene en cuenta y pondera los documentos aportados 12 y 13 ya examinados en el recurso de infracción procesal, de fecha 9 de diciembre de 2014 y 24 de marzo de 2015, relativos a citas para ecografías urológicas.

Así mismo tiene en cuenta otras reclamaciones cursadas a Osakidetza en junio y julio de 2012 y julio de 2013.

**4.-** Todas estas reclamaciones y solicitud de diligencias preliminares son demostrativas, a juicio del tribunal, de la intención del paciente de conservar su derecho.

Pero ello merece una puntualización que ya se recogía en las consideraciones previas, cual es que el tribunal no puede derogar, por vía de interpretación, el instituto jurídico que nos ocupa, pues ello aparece prohibido por el ordenamiento jurídico.

El plazo prescriptivo es improrrogable y no es posible una interpretación extensiva de los supuestos de interrupción.

**5.-** Consecuencia de lo anterior es que cuando presentó la parte actora el escrito de diligencias preliminares, si es que se le concediese a este efectos de interrupción de la prescripción, fue en el mes de mayo de 2012, por lo que había transcurrido más de un año desde la extirpación del riñón, tomando como fecha el alta el 3 de marzo de 2011.

**6.-** La única posibilidad a la que pretende acogerse la parte recurrida, cuando le excepcionan la prescripción del año y ve desmontada su fecha de presentación del escrito de diligencias preliminares, es tratar de acreditar que el daño, cuya indemnización reclama, no fue permanente, esto es, la fecha de extirpación del riñón, que es lo que claramente expone en el hecho tercero de su demanda, sino continuo.

Para acreditarlo aporta los documentos 12 y 13, ya mencionados, con el contenido también recogido.

De ellos infiere el tribunal, como valoración jurídica, que tienen como finalidad calibrar de una manera seria la repercusión en el riñón sano de la extirpación del otro, a fin, parece inferirse, de concretar la secuela e indemnizarla.

**7.-** La sala discrepa de tal inferencia.



En primer lugar porque no tiene sustento fáctico en qué apoyarse, pues ni siquiera se aportan resultados relacionados con el fin perseguido, compadeciéndose más con un mero control urológico de quien ha tenido problemas de esa naturaleza y ha sufrido la extirpación de un riñón.

No resulta, de otra parte, lógico que si esa era la finalidad el control se ordene el 9 de diciembre de 2014, esto es, más de tres años después de la extirpación del riñón.

No consta ni acredita la recurrida que hubiese secuelas distintas de las que relató y valoró en la demanda.

Los controles urológicos no implican por si mismo que las secuelas no estuvieran consolidadas si quedaron concretadas en el alta, de forma que permitían ya ser valoradas en toda su dimensión, como de hecho hizo la actora en el escrito rector del proceso.

El motivo se estima.

Recursos de Zurich.

**SÉPTIMO.-** Una vez estimados los recursos de Osakidetza, y, por ende, estimada la excepción de prescripción, no tendría efecto útil, por mor de la solidaridad ( STS 161/2019, de 14 de marzo ), enjuiciar los recursos interpuestos por Zurich.

Pero es que, si como se expuso, coinciden con los interpuestos por Osakidetza, los mismos argumentos que hemos desarrollando para estimar los recursos de esta son extrapolables en los de Zurich y, por ende, han de ser estimados.

**OCTAVO.-** De conformidad con lo dispuesto en los arts. 394.1 y 398.1 LEC , no procede imponer a las partes recurrentes las costas de sus respectivos recursos.

Teniendo en cuenta que, al asumirse la instancia, se estima la impugnación del recurso de apelación articulado por los demandados; por lo que no se va a examinar el fondo de la cuestión y, por ende, el recurso de apelación interpuesto por la actora, no procede hacer expresa condena en las costas causadas en el recurso de apelación.

Se condena a la parte actora a las costas causadas en la primera instancia, pero sólo respecto de Zurich, única parte que ella demandó.

## FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

**1.º-** Estimar el recurso extraordinario por infracción procesal y de casación interpuesto por la representación procesal de Osakidetza, contra la sentencia dictada con fecha 29 de septiembre de 2016, por la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, sección tercera, en el rollo de apelación 3222/2016 , dimanante de los autos de juicio ordinario número 1012/2013, del Juzgado de Primera Instancia número 8 de San Sebastián.

**2.º-** Estimar el recurso extraordinario por infracción procesal y de casación interpuesto por la representación procesal de Zurich España, Cía. de Seguros y Reaseguros, contra la sentencia dictada con fecha 29 de septiembre de 2016, por la Audiencia Provincial de Guipúzcoa sección tercera, en el rollo de apelación 3222/2016 , dimanante de los autos de juicio ordinario número 1012/2013, del Juzgado de Primera Instancia número 8 de San Sebastián.

**3.º-** Casar la sentencia recurrida y, al asumir la instancia, estimar la impugnación formulada por las demandadas en el seno del recurso de apelación interpuesto por la parte actora, estimando la excepción de prescripción de la acción ejercitada por esta.

**4.º-** No se imponen a las partes recurrentes las costas de los recursos interpuestos por ambas.

**5.º-** No se hace expresa condena de las costas causadas en el recurso de apelación.

**6.º-** Se condena a la parte actora a las costas de la primera instancia por la demanda interpuesta contra Zurich.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.