

Sentencia de la Sala Civil del Tribunal Supremo de 5 de junio de 2019
(rec.2992/2016)

Encabezamiento

T R I B U N A L S U P R E M O

Sala de lo Civil

PLENO

Sentencia núm. 321/2019

Fecha de sentencia: 05/06/2019

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 2992/2016

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 08/05/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz

Procedencia: Audiencia Provincial de Madrid, sección 12.^a

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

Transcrito por: ezp

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 2992/2016

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

PLENO

Sentencia núm. 321/2019

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Francisco Marín Castán, presidente

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas
D. Ignacio Sancho Gargallo
D. Francisco Javier Orduña Moreno
D. Rafael Sarazá Jimena
D. Eduardo Baena Ruiz
D. Pedro José Vela Torres
D.ª M. Ángeles Parra Lucán

En Madrid, a 5 de junio de 2019.

Esta sala ha visto el recurso de casación, contra la *sentencia dictada con fecha 18 de abril de 2016 por la Audiencia Provincial de Barcelona, (sección 14.ª), en el rollo de apelación n.º 500/2014*, dimanante del juicio ordinario n.º 781/2011 del Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de DIRECCION000.

Ha comparecido ante esta sala en calidad de parte recurrente, la procuradora doña Coral del Castillo-Olivares Barjacoba, en nombre y representación de doña Florinda,

Ha comparecido ante esta sala en calidad de parte recurrida, el procurador don Miguel Ángel Baena Jiménez, en nombre y representación de don Mario y la aseguradora Axa Seguros Generales, S.A.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- *Tramitación en primera instancia*

1.- D. Onesimo y D. Rogelio en su propio nombre y en el de su hija menor de edad, Paloma interpusieron demanda de juicio ordinario contra Zurich (Zurich España, Cía de Seguros y Reaseguros S.A.) en la que solicitaban se dictara sentencia:

"...por la que se condene a la parte demandada a INDEMNIZAR a la actora en la cantidad de UN MILLÓN DOSCIENTOS OCHENTA Y NUEVE MI QUINIENTOS SESENTA Y SIETE CON SESENTA Y DOS EUROS (1.289.567,62 €) más los intereses del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro desde la fecha del siniestro y las costas de esta procedimiento".

2.- La demanda fue presentada el *15 de enero de 2014 y repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 67 de Madrid y fue registrada con el n.º 64/2014* . Una vez fue admitida a trámite mediante decreto de fecha 24 de enero de 2014, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- La compañía Zurich España Cía de Seguros y Reaseguros S.A. contestó a

la demanda mediante escrito en el que solicitaba dictar en su día resolución que:

"[...] estime la excepción de falta de legitimación pasiva formulada y, en todo caso, desestime la demanda en todos sus extremos condenando a la actora al pago de las costas del presente procedimiento".

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la Magistrada-juez del *Juzgado de Primera Instancia n.º 67 de Madrid dictó sentencia de fecha 29 de julio de 2015*, con el siguiente fallo:

"Que estimando sustancialmente la demanda formulada por D. Onesimo y D. Rogelio, actuando en su propio nombre y en el de su hija menor de edad, Paloma, contra Zurich España, Compañía de Seguros y Reaseguros, debo condenar a la citada demandada a abonar la cantidad de setecientos treinta y cinco mil novecientos setenta y dos euros, con setenta y cinco céntimos (735.972,75 euros), cantidad que devengará los intereses de demora previstos en el *artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro*, desde la fecha del siniestro, hasta su completo pago".

"Se hace expresa imposición de costas a la parte demandada".

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Zurich Insurance PLC, Sucursal en España (antes Zurich España, Cía de Seguros y Reaseguros S.A.) e impugnada por D. Onesimo y D. Rogelio en su propio nombre y en el de su hija menor Paloma.

2.- La *resolución de este recurso correspondió a la sección 12.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, que lo tramitó con el número de rollo 23/2016* y tras seguir los correspondientes trámites dictó *sentencia en fecha 27 de junio de 2016*, con el siguiente fallo:

"Que debemos DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS el recurso de apelación interpuesto por la procuradora D.ª M.ª Esther Centoira Parrondo en nombre y representación de la parte apelante, Zurich España, Cía de Seguros y Reaseguros S.A., y ESTIMAMOS EN PARTE la impugnación formulada por D. Onesimo y D. Rogelio, este último en nombre propio y de su hija menor, D.ª Paloma, representada por la procuradora D.ª M.ª del Carmen Giménez Cardona, contra la *sentencia de fecha 29/07/2015 dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 67, en autos de Procedimiento Ordinario 64/2014*, y procede:

"1.º REVOCAR la sentencia en cuanto que también la suma de 334.684,66 euros devengará los intereses del *artículo 20 de la LCS*, de la suma desde la fecha del siniestro hasta la fecha de consignación.

"2.º MANTENER los restantes pronunciamientos de la sentencia de Primera Instancia.

"3.º IMPONER a la recurrente vencida, Zurich España, Cía de Seguros y Reaseguros S.A., las costas ocasionadas en la sustanciación de esta alzada. Sin imposición de costas respecto de la impugnación instada por la representación de D. Onesimo y D. Rogelio, este último en nombre propio y de su hija menor, D.ª Paloma".

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

Zurich Insurance PLC, Sucursal en España interpuso recurso de casación.

Los motivos del recurso de casación fueron:

"Primero.- La sentencia de apelación infringe los *artículos 1137 , 1144 y 1145 del Código Civil* al no respetar la declaración de responsabilidad de nuestro asegurado que devino firme e inatacable con carácter previo a que se dictase la sentencia de primera instancia habiendo mi mandante procedido al pago de la misma.

"Segundo.- La sentencia de apelación infringe los *artículos 73 y 76 de la Ley del Contrato de Seguro* al no respetar la declaración de responsabilidad de nuestro asegurado que devino firme e inatacable con carácter previo a que se dictase la sentencia de primera instancia habiendo mi mandante procedido al pago de la misma.

"Tercero.- La sentencia de apelación infringe los *apartados 2 y 7 del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro* , al imponer los intereses moratorios desde el siniestro hasta la fecha de sentencia sin tener en cuenta que esta parte procedió a consignar el importe mínimo previsto legalmente.

"Cuarto.- La sentencia recurrida dictada por la Audiencia Provincial de Madrid infringe el *artículo 20.6 de la Ley 30/1980 del Contrato de Seguro* , relativa al inicio del cómputo de los intereses moratorios".

D. Onesimo y D. Rogelio interpusieron recurso extraordinario por infracción procesal y de casación.

Los motivos del recurso por infracción procesal fueron los siguientes:

"Primero.- Infracción *artículo 461 LEC y 24.1 Constitución* al no haber dado respuesta la sala de la Audiencia Provincial de Madrid a la impugnación de la sentencia realizada por la parte actora, limitando el derecho de tutela judicial efectiva al impedir la utilización de los recursos existentes.

"Segundo.- Incongruencia extrapetita: Infracción del principio perpetuatio actionis.

"Consideramos que la sentencia de apelación infringe las normas reguladoras de la sentencia (*artículo 469.1.2.º LEC*) en relación con los *artículos 218.1 y 465.5 LEC* y el *artículo 24 de la Constitución Española* e cuanto a la infracción del principio de tutela judicial efectiva,...".

En cuanto al recurso de casación el motivo fue el siguiente:

"Primero.- Incorrecta aplicación de la tabla III, IV y VI del anexo contenido en la Ley 8/2004 de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, conforme al artículo 1.2 del mismo texto legal, así como vulneración de la doctrina del *Tribunal Supremo fijada en sentencia de fecha 19 de febrero 2016 (recurso 178/2014*

) al no haber realizado un correcto análisis de la gran invalidez reconocida al paciente así como del perjuicio estético".

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 24 de octubre de 2018, cuya parte dispositiva es como sigue:

"1.º) Admitir los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal interpuestos por la representación procesal de D. Onesimo y D. Rogelio contra la *sentencia dictada el 27 de junio de 2016 por la Audiencia Provincial de Madrid (sección 12.ª) en el rollo de apelación n.º 23/2016*, dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 64/2014 del Juzgado de Primera Instancia n.º 67 de Madrid.

"2.º) Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Zuricha Insurance PLC, Sucursal en España interpuso recurso de casación contra la citada sentencia.

"3.º) Abrir el plazo de veinte días, a contar desde la notificación de este auto, para que las partes recurridas formalicen por escrito su oposición a los recursos".

3.- Se dio traslado a las partes para que formalizaran su oposición a los respectivos recursos de casación y casación e infracción procesal, lo que hicieron mediante la presentación de los correspondientes escritos.

4.- Por providencia de 5 de marzo de 2019 se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver los recursos sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 2 de abril de 2019 en que se acordó se resolviera por el pleno de la sala, el día 8 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 de los recursos los que se exponen a continuación.

1.- Los presentes recursos dimanar de la acción ejercitada por D. Onesimo y D. Rogelio, este último en nombre propio y de su hija menor D.ª Paloma, contra Zurich España, CIA de Seguros y Reaseguros S.A., en reclamación de 1. 289. 567, 62 euros, más los intereses del *artículo 20 LCS*, como indemnización por daños y perjuicios, como consecuencia de la negligente atención médica prestada a D. Onesimo, en la intervención de mentoplastia y lipofiling realizada en el mes de mayo de 2012. La mala praxis se centra en la falta de consentimiento informado de la cirugía maxilofacial a la que fue sometido en el mes de mayo de 2012, en el deficiente examen post-operatorio de la herida quirúrgica, y en la indebida actuación una vez detectada la insuficiencia respiratoria del paciente, actuación que le causó unos daños cerebrales irreversibles, siéndole reconocida una discapacidad de un 100%.

2.- La parte demandada, al contestar a la demanda, se opuso a las pretensiones deducidas en su contra.

En el desarrollo de su contestación cita en el hecho primero la reclamación patrimonial que interpuso la actora el 6 de agosto de 2012, recogiendo la razón de ser de la misma, así como el informe médico emitido en el seno del procedimiento administrativo.

Detalla la solicitud que la parte actora dirigió al Instituto Madrileño de la Salud Pública.

En estrecha relación con ese hecho alega en la fundamentación jurídica, que el Juzgado debe analizar la responsabilidad de su asegurado y, determinada ésta conforme a los parámetros de la responsabilidad patrimonial de la Administración y confirmado el encaje dentro de los términos del contrato de seguro de responsabilidad civil, conforme al *art. 76 LCS*, determinar la obligación de la aseguradora.

Concluye que, dado que la responsabilidad del asegurado en este supuesto jamás se podrá derivar de los fundamentos jurídicos pretendidos por la actora sino de la Ley 30/92 o el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, desarrollados por toda la línea jurisprudencial contencioso-administrativa que ha venido delimitando la responsabilidad de la Administración en materia sanitaria, es por lo que ella, como aseguradora, carece de legitimación para soportar la acción interpuesta por el actor.

Tras esta alegación, se adentra en el fondo y niega la existencia de nexo causal ente el daño reclamado y la actuación del servicio médico, los cuales, en todo caso, prestaron la atención necesaria y optaron por soluciones válidas aunque fallaran.

Igualmente mantiene que hubo información verbal previa, tanto en el intento de intubación, como cuando se le suministró la anestesia del 8 de mayo, invocando la excepción de prescripción de la acción ejercitada, y sosteniendo la no interposición de los intereses del *art. 20 LCS*.

3.- La sentencia de primera instancia estimó sustancialmente la demanda y condenó a la aseguradora a pagar la suma de 735.972,75 euros, más los intereses del *art. 20 LCS* desde la fecha del siniestro hasta su completo pago. Entendió que se había producido una actuación negligente desde el momento en el que estima probado que no se adoptaron los cuidados postanestésicos precisos, al no realizarse desde la salida del quirófano del paciente ninguna exploración de la herida quirúrgica hasta que un familiar detecta un sangrado, lo que dificultó aún más la intubación al constatarse un hematoma y la presencia de sangre en las vías respiratorias. Aun considerando razonable que en un primer momento se intentara utilizar la vía menos invasiva para preservar la vía aérea, todo indica que se esperó demasiado tiempo para proceder a la intubación y que en todo caso, la mala praxis se inició con anterioridad a dicha actuación y vino a generar un resultado dañoso desproporcionado como son unos daños cerebrales irreversibles. Reconoció que el importe de la condena era de 1.070.337,51 euros pero como ya le habían sido reconocidos en vía administrativa 334.684,66 euros debía minorarse en dicho importe la cantidad resultante.

4.- La anterior sentencia fue recurrida en apelación por la parte demandada e impugnada por la demandante.

La aseguradora alega como motivos de recurso la infracción del *art. 11.2 LOPJ* al apreciar fraude de ley por haber presentado la demandante reclamación en vía civil cuando ya había acudido a la vía administrativa reclamando por responsabilidad patrimonial ante el Servicio Madrileño de Salud de la Comunidad de Madrid, siendo

firme la resolución en vía administrativa de fecha 3 de septiembre de 2014 y que limita la obligación del SERMAS a la indemnización de 334.684, 66 euros, que ya ha sido abonada. Como segundo motivo alega la infracción de la doctrina sobre la pérdida de oportunidad, considerando que la cuantificación de la deuda de la Administración Pública debe ser realizada conforme a los principios del derecho contencioso. Como tercer motivo sostiene la infracción del *art. 20 LCS* por considerar improcedente la condena a su abono al haber consignado la cantidad reconocida en vía administrativa.

La impugnación de la sentencia versa también sobre este último extremo, ya que la sentencia recurrida no aplica este tipo de interés a la cantidad reconocida en vía administrativa así como sobre los pronunciamientos de la sentencia de primera instancia respecto a la cuantificación de las indemnizaciones por perjuicio estético y ayuda de tercera persona.

5.- La sentencia de la Audiencia desestimó el recurso de apelación y estimó en parte la impugnación en el sentido de condenar a que la suma de 334.684,66 euros devengaría los intereses del *art. 20 LCS* desde la fecha del siniestro hasta la fecha de consignación manteniendo los demás pronunciamientos de la sentencia de primera instancia. La sentencia estima que lo pedido en los dos primeros motivos del recurso de apelación son cuestiones nuevas y los desestima, al igual que hace con el tercero al considerar que la consignación realizada en vía administrativa no responde al criterio exoneratorio estipulado legalmente sino que obedece al pronunciamiento del órgano administrativo y en la cuantía que este contempla, no existiendo causa justificada para el impago. En cuanto a la impugnación del demandante estima que es procedente el devengo de intereses de la suma consignada por la aseguradora desde la fecha del siniestro al momento de la consignación, si bien rechaza los demás motivos de impugnación, esto es, los referidos a las cuantías de la indemnización por perjuicio estético y por ayuda de terceras personas al estimar que los extremos impugnados no han sido discutidos en el recurso de apelación y no pueden introducirse en esta alzada utilizando la vía impugnatoria.

6.- En relación con el recurso de apelación de la parte demandada, la sentencia de la audiencia contiene dos razonamientos que conviene ser destacados:

(i) Aunque apreciable de oficio, niega efectos de cosa juzgada a la resolución dictada en vía administrativa.

A tal fin trae a colación el pronunciamiento que realiza la juzgadora de instancia que reconoce efectos a dicha resolución en la coincidencia de los conceptos peticionados en ambas vías, pero no las restantes pretensiones ejercitadas en el presente procedimiento en cuanto a que la resolución administrativa se basa en principios propios de dicho orden, como la pérdida de oportunidad, que son distintos de los aplicables en la jurisdicción civil.

A efectos de su vinculación en la jurisdicción civil, afirma que pese a que los principios que rigen la responsabilidad patrimonial de la administración, y la extracontractual del *art. 1902 del CC*, aquí postulada, guardan semejanzas, también presentan diferencias en los principios en los que se basan, y por ello no se produce el efecto pretendido de cosa juzgada. Porque lo juzgado en vía contencioso-administrativa ni produce efecto prejudicial ni de cosa juzgada, en la vía civil que nos encontramos, en la que cabe examinar los mismos hechos con su valoración jurídica bajo el prisma civil, aunque ateniéndonos a los que en la primera se fijan como acontecidos, y sin perjuicio de valorar lo en ella actuado como prueba documental.

Máxime cuando en el caso que nos ocupa, no existe sentencia dictada por un Tribunal administrativo del primer orden al que no se recurrió por la actora, sin que se le pueda imputar que ello constituye un acto propio consistente en acatar el resultado del expediente ante el órgano administrativo, pues optó por la presente jurisdicción como le permite el *art. 24 de la CE* en ejercicio de la citada acción del *art. 76 de la LCS* y contra la aseguradora.

(ii) Niega la existencia de fraude procesal, con apoyo en la *sentencia del Tribunal Supremo, sala de lo civil, de 30 de mayo de 2007*.

7.- La representación procesal de don Onesimo y don Rogelio ha interpuesto contra la anterior sentencia recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación, al amparo del *art. 477. 2. 2.º y 3.º LEC*.

(i) El recurso extraordinario por infracción procesal se articula en dos motivos. En el motivo primero se alega la infracción del *art. 461 LEC* y *24.1 CE* al no haber dado respuesta la sentencia recurrida a la impugnación de la sentencia realizada por la parte actora limitando el derecho de tutela judicial efectiva al impedir la utilización de los recursos existentes. En el desarrollo alega que Zurich recurrió en apelación la sentencia de primera instancia que estimaba parcialmente la demandada y en dicho recurso Zurich no realizó alegación alguna sobre la indemnización concedida. La recurrente no apeló la sentencia sino que la impugnó en cuanto a la indemnización concedida y los intereses del *art. 20 LCS*. La sentencia recurrida no entra a analizar la impugnación de la sentencia en lo que a la cuantía de la indemnización se refiere ya que no se corresponde con el objeto del recurso de apelación. Por lo anterior plantea la recurrente si el objeto de la impugnación de la sentencia debe limitarse a los conceptos recurridos en apelación por la parte contraria, como defiende la sentencia recurrida, o si debe configurarse como un recurso independiente y, por tanto, puede abarcar otras cuestiones no analizadas en la apelación contraria al permitirse impugnar la sentencia en lo que a la parte le resulte desfavorable. Cita las *SSTS de 6 de marzo de 2014*, *21 de octubre de 2013* y *13 de enero de 2010*.

En el motivo segundo se denuncia, al amparo del *art. 469.1.2.º LEC*, la infracción de los *art. 218.1* y *465.5 LEC* y *24 CE* en cuanto considera que la sentencia recurrida incurre en incongruencia *extra petita* al haber alterado los términos del debate. En el desarrollo argumenta la recurrente que en su demanda razonó porqué reclamaba 40 puntos en concepto de perjuicio estético y una indemnización de 70.290,4 euros, así como la suma de 352.952,92 euros por los 95 puntos reconocidos en la resolución de discapacidad en concepto de ayuda de tercera persona, sin que la parte demandada hubiera dicho nada al respecto en su contestación salvo que la ayuda a tercera persona era duplicada al serle reconocida en vía administrativa y que el demandante presentaba cierto grado de autonomía. Pese a lo anterior, la sentencia recurrida toma en consideración un informe de un especialista en valoración del daño corporal aportado por la demandada justo cinco días antes de la audiencia previa y fija en 30 puntos el perjuicio estético al valorar como bastante importante el uso de silla de ruedas y reduce la indemnización por ayuda de tercera persona con base en lo indicado por el Servicio Madrileño de Salud y por la perito de Zurich, lo que según la recurrente altera los términos objetivos del debate, una mutación de la *causa petendi* y una incongruencia *extra petita*.

(ii) El recurso de casación formulado por dicha parte recurrente se compone de un único motivo en el que se alega la incorrecta aplicación de la Tabla III, IV y VI del Anexo contenido en la Ley 8/2004 de responsabilidad civil y seguro en la circulación de

vehículos a motor conforme al *art. 1.2 del mismo texto legal*, así como vulneración de la doctrina fijada en *SSTS de 19 de febrero de 2016* al no haber realizado un adecuado análisis de la gran invalidez reconocida al paciente así como del perjuicio estético.

8.- La representación procesal de Zurich Insurance PLC, sucursal de España, interpuso recurso de casación contra la anterior sentencia, al amparo del *art. 477. 2.º LEC*.

Motivos:

(i) Primero. Enunciación y desarrollo.

La recurrente afirma que la sentencia de apelación infringe los *artículos 1137, 1144 y 1145 del Código Civil* al no respetar la declaración de responsabilidad de nuestro asegurado que devino firme e inatacable con carácter previo a que se dictase la sentencia de primera instancia, habiendo procedido ella al pago de la misma.

En el desarrollo del motivo la parte recurrente sostiene, en esencia, que el 3 de septiembre de 2014, con posterioridad a la demanda y a la contestación del presente litigio, se dictó resolución administrativa, que devino firme, por la que se reconocía la responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria y se fijaba la cantidad a indemnizar; por lo que la parte actora pretende que ahora en vía civil se revise esa resolución administrativa que es firme.

La parte actora hoy por hoy no podría solicitar al SERMAS ni un céntimo más del que se le ha reconocido.

No existe obligación ya del SERMAS de pagar más allá de lo que se ha reconocido. ¿Cómo va a pagar más allá la compañía de seguros? Si extinguida la responsabilidad del SERMAS la obligación del SERMAS en esa resolución firme se extingue la responsabilidad de su compañía de seguros. Si no tiene acción contra el SERMAS, tampoco la va a tener contra la compañía de seguros. Lo que pasa es que acciona vía artículo 76 pretendiendo acogerse solo a unos pronunciamientos y no a otros.

Es por ello que entiende que se está infringiendo el *artículo 1137, . 1144 y 1145 del Código Civil* y es que el hecho originador y lo reclamado tanto en vía administrativa contra la Administración como en el presente procedimiento civil contra la aseguradora de la Administración es único. Como es perfectamente apreciable el objeto de ambos procedimientos fue la atención recibida por D. Onesimo en el HOSPITAL000 de Madrid a raíz de las complicaciones sufridas por este tras la intervención llevada a cabo 21 de mayo de 2012, y los daños que de la misma derivaron.

Tanto es así que la demandante enarbolaba para defender y amparar su petición en el presente orden el informe realizado por el Servicio de Inspección Médica elaborado en el seno del procedimiento patrimonial y llegó incluso a solicitar en la Audiencia Previa el allanamiento de esta parte respecto a la cuestión de fondo dejando solo para debate la cuantía del procedimiento.

Es decir, tenemos en el presente caso dos reclamaciones, una en vía patrimonial y otra en vía civil, por unos mismos hechos por los cuales se solicita

indemnización. Como se ha expuesto, la primera acción, la de responsabilidad patrimonial, se interpone ante nuestro asegurado el SERMAS, quien había causado el daño.

La segunda acción, la vía civil, se interpone ante la aseguradora del SERMAS, en su calidad de tal, en virtud del *art. 76 LEC* .

El actor al iniciar la vía civil no desiste de la patrimonial.

La vía patrimonial (iniciada años antes que la civil) termina mediante resolución de septiembre de 2014, en el que el SERMAS reconoce su responsabilidad por los daños causados y, previo informe del Consejo de Estado, se establece la indemnización en 334.684,66€; Los demandantes no recurrieron esta resolución, siendo por tanto firme.

Con posterioridad, y dentro del procedimiento civil iniciado contra mi mandante en su calidad de aseguradora del SERMAS por el mismo hecho originador del daño que fue objeto del procedimiento patrimonial, se dictó *sentencia de fecha 29 de julio de 2015* , que incrementa la cuantía que fue decidida en vía patrimonial en 735.972,75€; y ésta, es confirmada por la Audiencia Provincial.

Tras la cita de sentencias de la sala, en apoyo de su pretensión, finaliza con la afirmación de que entiende que se debe revocar la sentencia recurrida y establecer su condena en la cantidad en la que fue declarada la de su asegurado en virtud de la relación de solidaridad que en virtud del contrato de seguro les une frente al perjudicado.

(ii) Segundo. Enunciación y desarrollo.

La parte recurrente enuncia que la sentencia de apelación infringe los *artículos 73 y 76 de la Ley de contrato de Seguro* al no respetar la declaración de responsabilidad de su asegurado, que devino firme e inatacable con carácter previo a que se dictase la sentencia de primera instancia habiendo procedido ella al pago de la misa.

Alega en el desarrollo del motivo, con cita de sentencias de la sala, que la responsabilidad de la aseguradora está vinculada a la de su asegurado.

En el presente caso, se declaró en el proceso administrativo la responsabilidad del asegurado. Solo por la voluntad de los demandantes se mantuvo viva la vía administrativa y solo por la voluntad de los demandantes la resolución administrativa devino firme, quedando inatacable su pronunciamiento, y por ende la responsabilidad del asegurado y de la aseguradora.

Con la firmeza de la resolución administrativa y su pago, quedaron cubiertas las obligaciones que para la aseguradora derivan del *art. 73 y 76 de LCS* .

Con cita de sentencias de la sala, la recurrente mantiene que la obligación de indemnizar a cargo del asegurado en el presente caso quedó establecida con la firmeza de la resolución administrativa.

Es claro que es el orden civil el que debe conocer de la acción directa contra las aseguradoras con independencia de la identidad del asegurado, pero es igual de claro

que los tribunales de orden civil tienen la obligación por imperativo legal de estudiar la responsabilidad del asegurado conforme a los criterios que a este le son propios.

En el presente caso, el asegurado es la Administración, en concreto, el Servicio Madrileño de Salud. Pues bien, a la hora de analizar la responsabilidad de este se deberán aplicar los criterios que a este le son propios.

Así las resoluciones de la Sala de Conflictos dictadas por la Sala de Conflictos del *Tribunal Supremo resuelven de manera clara la cuestión a título de ejemplo el Auto núm., 35/2013 de 19 diciembre* de la Sala de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo.

En contra de lo que parece inferirse de la sentencia recurrida, no hay dos responsabilidades, hay una sola responsabilidad que es la de la administración sanitaria que causó el daño y ésta puede ser exigida, bien al propio organismo público bien a su aseguradora.

Añade la parte que, en efecto, el orden civil ha asumido la competencia para conocer de las acciones directas contra las compañías aseguradoras, pero lo que no ha asumido es que deba analizar la responsabilidad del asegurado con los criterios que le son propios cuando éste sea la administración.

Como corolario afirma que: de conformidad con lo expuesto, el objeto de *artículo 73 LCS* es cubrir la responsabilidad del asegurado. Sea cual sea la vía que se elija para solicitar ésta (directamente al asegurado o, a su aseguradora) el objeto enjuiciado será siempre el actuar del asegurado con los parámetros que a éste le sean propios. En cualquier caso, declarada y firme la responsabilidad del asegurado no cabe iniciar una nueva acción contra su aseguradora exigiendo una cuantía superior a la ya declarada.

(iii) Tercero. Enunciación y desarrollo.

Se articula con fundamento en que la sentencia de apelación infringe los *apartados 2 y 7 del artículo 20 de la Ley de contrato de Seguro*, al imponer los intereses moratorios desde el siniestro hasta la fecha de sentencia, sin tener en cuenta que la aseguradora procedió a consignar el importe mínimo previsto legalmente.

En el desarrollo del motivo, la recurrente parte de unos datos fácticos, no contradichos, a saber: que el día 3 de septiembre de 214 se dictó resolución administrativa, siendo notificada a las partes en el mismo día; que en la citada resolución se reconocía a los demandantes una indemnización cuantificada en 334.684,66 euros; que la cantidad fue consignada por la aseguradora, aportándose al procedimiento justificante de la consignación y solicitud de entrega a la actora en fecha 26 de diciembre de 214 y que lo hicieron, según reflejaron en escrito de fecha 23 de diciembre de 214, para dar cumplimiento a lo previsto en el *art. 20 LCS*.

De esta cantidad la sentencia recurrida impone los intereses moratorios desde la fecha del siniestro hasta la fecha de su consignación.

Pero la sentencia de apelación condena además a 735.972, 75 euros, esta no consignada, e impone los intereses del *art. 20 LCS* sobre la misma desde la fecha del siniestro hasta su completo pago, sin valorar, en opinión de la recurrente, que, al haberse consignado el importe mínimo, no procedía el pago de intereses moratorios

del *art. 20 LCS* , respecto del resto de la cantidad objeto de la condena hasta su completo pago.

Cita en apoyo del motivo las *sentencias de esta sala 437/2013, de 12 de junio* , y *la 453/2011, de 28 de junio* .

Concluye, tras su detallada exposición, que la sentencia recurrida supone una infracción de los *apartados 2 y 7 del art. 20 LCS* , al imponer a la aseguradora los intereses moratorios de la cantidad finalmente reconocida en sentencia, sin tener en cuenta la consignación y pago del importe y pago del importe de 334.684, 66 euros, motivo por el que solicita que se revoque la imposición de los intereses del *art. 20 LCS* respecto a la cantidad reconocida en sentencia, 735.972, 75 euros, toda vez que la recurrente procedió a cumplir con el pago del importe mínimo exigido legalmente.

Es decir, que se mantenga la imposición de los intereses del *art. 20 LCS* desde la fecha de conocimiento del siniestro hasta el efectivo pago del importe mínimo de 334.684, 66 euros.

(iv) Cuarto. Enunciación y desarrollo.

La recurrente enuncia el motivo en el sentido de que la sentencia recurrida infringe el *art. 20.6 LCS* , relativo al inicio del cómputo de los intereses moratorios.

En el desarrollo del motivo alega la parte que la *sentencia de apelación tiene como hecho probado que ella, como aseguradora, tuvo conocimiento del siniestro el 14 de agosto de 2012* , por lo que el inicio del cómputo de los intereses moratorios debe fijarse en la citada fecha y no en la del siniestro, que tuvo lugar el 21 de mayo de 2012.

Cita en apoyo del motivo las *sentencias de esta sala 325/2009, de 7 de mayo* , y *la 858/2010, de 15 de diciembre* .

(v) Se ha de puntualizar que los motivos tercero y cuarto se interponen con carácter subsidiario para el supuesto de que no se estimasen el primero y el segundo.

9.- La sala dictó auto el 24 de octubre de 2018 por el que acordó:

(i) Admitir los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal interpuestos por la representación procesal de don Onesimo y don Rogelio.

(ii) Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Zurich Insurance PLC, Sucursal de España.

10.- Las partes recurridas presentaron sendos escritos de oposición a los recursos interpuestos por las partes recurrentes.

SEGUNDO.- La sala va a enjuiciar en primer lugar el recurso de casación interpuesto por Zurich Insurance PLC, Sucursal de España, porque, de ser estimado, tendría consecuencias relevantes sobre los recursos interpuestos por don Onesimo y don Rogelio.

Y dentro del recurso de casación interpuesto por Zurich se enjuiciará en primer lugar los motivos primero y segundo, por cuanto el tercero y el cuarto se articulan con carácter subsidiario de aquellos.

Recurso de casación de Zurich Insurance, PLC.

TERCERO.- *Motivos primero y segundo.*

1.- Conforme autoriza la doctrina de la sala vamos a enjuiciar conjuntamente ambos motivos, pues, aunque el apoyo normativo de ellos sea diferente, sin embargo, como se infiere de sus planteamientos, se encuentran estrechamente entrelazados entre sí respecto a la finalidad pretendida por la entidad recurrente.

No obstante, y antes de entrar en su enjuiciamiento, conviene salir al paso de la alegación que hace la parte recurrida en su oposición al recurso.

Alega que ambos motivos constituyen una cuestión nueva, por tener esa naturaleza la decisión sobre los efectos de la resolución administrativa, que devino firme y que no podía ser revisada, ya que se trata de una alegación que no fue esgrimida hasta la fase de conclusiones del juicio oral y que no se manifestó en la audiencia previa.

A pesar de reconocer la sala la singularidad del supuesto, propiciada por la confusión y equivocidad de conceptos jurídicos empleados y esgrimidos tanto por las partes como por las sentencias de instancia, como se podrá colegir a lo largo de la presente resolución, el alegato de cuestión nueva no puede prosperar por las siguientes razones:

(i) El motivo primero se funda, en esencia, en que la sentencia recurrida, que no podemos olvidar que es la que se recurre y no la de primera instancia, no ha respetado la declaración de responsabilidad del asegurado, esto es, de la Administración, que devino firme e inatacable con carácter previo a que se dictase la sentencia de primera instancia.

El motivo segundo se funda en el mismo alegato.

En el primero se citan los *arts. 1137 , 1144 y 1145 CC* y en el segundo los *arts. 73 y 76 LCS* .

(ii) Esa cuestión no es ni novedosa ni sorpresiva, con independencia del enfoque jurídico, acertado o no, que merezca para las partes o para los tribunales de instancia, pues el supuesto fáctico-jurídico sí se introduce en el debate.

Según hemos resaltado en el resumen de antecedentes, la parte demandada, al contestar a la demanda, cita la reclamación patrimonial que tenía interpuesta la actora contra la Administración, de fecha 6 de agosto de 2012.

También menciona la razón de ser de dicha reclamación y trae a colación y recoge el informe médico emitido en el seno del procedimiento administrativo.

Asimismo detalla la solicitud que la parte actora dirigió al Instituto Madrileño de la Salud Pública.

En estrecha relación con ese alegato fáctico, alega en la fundamentación jurídica de la contestación a la demanda cómo debe obrar el Juzgado en la decisión de la acción que se ejercita.

A su juicio debe analizar en primer lugar la responsabilidad del asegurado, y hacerlo conforme a parámetros de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

A continuación confirma el encaje dentro de los términos del contrato de seguro de responsabilidad civil, conforme al *art. 76 LCS*, para concluir con determinar la obligación de la aseguradora.

Como corolario afirma que la responsabilidad del asegurado en este supuesto no puede fundarse en los preceptos jurídicos pretendidos por la actora, sino en la Ley 30/92 o el Real Decreto 428/1993, de 26 de marzo, que por razones temporales eran los vigentes, conforme a la línea jurisprudencial contencioso-administrativa que ha venido delimitando la responsabilidad de la Administración en materia sanitaria.

Lo que sucede, y esa es la equivocidad a que hacemos mención, es que concluye que por ello carece de legitimación para soportar la acción ejercitada, pero no especifica a qué legitimación se refiere.

Todo lo más se intuye que es que la responsabilidad de la Administración aún no estaba declarada.

(iii) La decisión administrativa no mereció el calificativo de cuestión nueva para la sentencia de primera instancia.

Esta conoció de ella y la valoró. Lo que sucede es que el único efecto jurídico que le concedió fue el de disminuir la condena. Podría haber sido más explícita en sus consecuencias pero no puede decirse que sea cuestión nueva para las partes.

(iv) Para la sentencia recurrida la alegación de fraude procesal sería cuestión nueva, pero ello ahora es prescindible, pues los motivos del recurso no se fundan en él.

Ahora bien, lo que no se puede negar es que ambos motivos se encuentran estrechamente relacionados, y por ende no plantean una cuestión nueva, con la auténtica *ratio decidendi* de la sentencia recurrida.

Esta considera que, aunque la cosa juzgada sea apreciable de oficio, niega que tenga tal efecto la resolución dictada en vía administrativa, sin poder vincular en la jurisdicción civil, llevando a cabo el desarrollo de su argumentación en los términos que hemos expuesto en el resumen de antecedentes.

Esto es, que introduce como *ratio decidendi* la vinculación de la jurisdicción civil a lo resuelto por la administración en los expedientes de responsabilidad patrimonial, que es precisamente la esencia de lo planteado en los motivos del recurso.

Lo que sucede, y ello enlaza con la equivocidad a que hacíamos mención, es que, como se verá en su momento, el análisis de los efectos de la resolución administrativa firme en el proceso civil no debiera enfocarse tanto desde la perspectiva de la cosa juzgada (*STS 301/2015, de 5 de mayo*), como desde las peculiaridades del seguro de responsabilidad civil y de la acción directa y, muy especialmente, de la dependencia estructural respecto de la responsabilidad del asegurado, cuestión esta que la recurrente, como se ha dicho, plantea en su contestación a la demanda.

2.- La competencia de la jurisdicción civil para conocer el litigio de autos no solo no la cuestiona la parte demandada y recurrente sino que la acepta, como hemos tenido ocasión de comprobar tanto en su contestación a la demanda como en las alegaciones efectuadas al desarrollar los motivos que se analizan.

Por tanto no tiene sentido que hagamos un análisis de la evolución seguida en la materia por la legislación y su interpretación jurisprudencial.

Simplemente cabe recordar que, por razón temporal, es de aplicación la Ley Orgánica 19/2003 de 23 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, de Poder Judicial.

En aplicación de esta reforma cuando la acción se ejercite solo contra la entidad aseguradora, con fundamento en el *artículo 76 LCS*, la competencia para conocer de ella se atribuye a la jurisdicción civil (*AATS, Sala de Conflictos, 18 de octubre de 2004, 28 de junio de 2004, 3/2010, 4/2010, 5/2010 de 22 de marzo; SSTs de 30 de mayo de 2007 y 11 de febrero de 2011*).

Es cierto que la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del sector público, tiene una incidencia sobre la materia, pero al no ser de aplicación por razón temporal al supuesto litigios, sería un exceso de la sala entrar en su interpretación.

3.- Asimismo, acepta la parte recurrente el carácter autónomo de la acción directa prevista en el *artículo 76 LCS*.

La doctrina científica se ha venido pronunciando en ese sentido.

Se ha afirmado que la acción directa es una acción autónoma que nada tiene que ver con la acción subrogatoria, pues el perjudicado no se subroga en los derechos del asegurado, sino que su derecho nace de un modo indirecto y por disposición legal de un contrato de seguro al que en principio es ajeno.

El derecho del tercero perjudicado frente al asegurador goza de autonomía profunda respecto al que aquel tiene frente al asegurado causante del daño, pues se trata de derechos diversos, que no deben confundirse.

Al día de hoy es doctrina pacífica que la acción directa no es subsidiaria de la acción contra el responsable sino que goza de autonomía procesal y que para ejercitarla no es preciso que se sustancie previamente la reclamación en vía administrativa, pues precisamente una de las ventajas de dicha acción, que a su vez constituye su fundamento, es evitar esa reclamación previa y la sumisión a la autotutela decisoria y las dilaciones que tal actuación previa conlleva.

Ahora bien, la parte recurrente sí pone el acento en que la premisa de la responsabilidad del asegurado es un presupuesto técnico de la acción directa, pues la aseguradora no responde por el hecho de otro (*artículo 1903 CC*) sino por la responsabilidad de otro.

Según afirma la doctrina, la acción directa no hace a la aseguradora responsable sino garante de la obligación de indemnizar.

De ahí que, a la hora de analizar el alcance de su autonomía, distinga entre su

autonomía procesal, pues no hay que reclamar ni antes ni conjuntamente al asegurado, y su carácter accesorio, en el sentido de que no prosperará si no se acredita la responsabilidad del asegurado.

Predica que la autonomía procesal de la acción directa lo es respecto del contrato de seguro, pero no respecto de los contornos de la responsabilidad del asegurado.

Esto es, la aseguradora queda obligada vía acción directa, frente a la víctima, pero nunca más allá de la obligación propia del asegurado, generada por la responsabilidad nacida a su cargo.

Por tanto el asegurador puede oponer a la víctima, aunque se halle presente en el litigio el asegurado, que este no puede ser considerado responsable del daño cuya indemnización reclama.

Aunque no se trate de un supuesto de responsabilidad nacida de asistencia sanitaria, resulta apropiado para lo que se acaba de afirmar recoger lo que sostiene la *sentencia 283/2014 de 20 de mayo* .

Sienta, como doctrina reiterada, que, en virtud del contrato de seguro de responsabilidad civil "la autonomía del derecho del perjudicado tiene marcados sus límites por la ley y por el propio contrato de seguro". Es decir, la acción directa del *art 76 LCS* tiene características y límites particulares, "pues el *art 73 LCS* preceptúa que el asegurador responde dentro de los límites del contrato y de la ley, con lo que ya tenemos una frontera ineludible para la acción directa".

En similares términos la *STS 485/2018, de 11 de septiembre* .

El demandante, aunque solo demande a la aseguradora, no podrá limitarse a invocar que la administración asegurada le ha causado un daño y a probar que dicho daño está cubierto en la póliza, sino que debe acreditar y obtener un pronunciamiento de que la Administración ha incurrido en responsabilidad patrimonial.

La contrapartida es que la aseguradora podrá excepcionar a la pretensión dirigida en su contra por el perjudicado, no solo la culpa exclusiva de la víctima, sino cualquier otra circunstancia impeditiva de la responsabilidad patrimonial.

Consideramos de utilidad citar los hitos relevantes de la doctrina jurisprudencial:

(i) Se trata de una acción autónoma e independiente de la que puede tener el perjudicado frente al asegurado y se configura como un derecho de origen legal que tiene como finalidad la satisfacción del daño producido al tercero perjudicado (*STS 484/2018, de 11 de septiembre*).

(ii) Implica "un derecho propio -sustantivo y procesal- del perjudicado frente al asegurador, con el propósito, de una parte, de un resarcimiento más rápido [...] y, de otra parte, de eludir la vía indirecta en virtud de la cual el perjudicado habría de reclamar al causante del daño y éste al asegurador, lo que provocaba una innecesaria litigiosidad" (*STS 87/2015, de 4 de marzo*).

(iii) El derecho del tercero a exigir del asegurador la obligación de indemnizar

no es el mismo que el que tiene dicho tercero para exigir la indemnización del asegurado, causante del daño. Es decir, el perjudicado tiene dos derechos a los que corresponden en el lado pasivo dos obligaciones diferentes: "la del asegurado causante del daño (que nace del hecho ilícito en el ámbito extracontractual o el contractual) y la del asegurador (que también surge de ese mismo hecho ilícito, pero que presupone la existencia de un contrato de seguro y que está sometida al régimen especial del artículo 76)" (*STS 200/2015, de 17 de abril* , que cita la deS12 de noviembre de 2013).

(iv) La conexidad de ambos obligados resulta de su condición de deudores solidarios. Por ello, el cumplimiento de la obligación por cualquiera de los dos responsables solidarios extingue la obligación por efecto del *art. 1145.1 CC* (*STS 87/2015, de 4 de marzo*).

(v) El *art. 76 LCS* , al establecer que la acción directa es inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador frente al asegurado, configura una acción especial, que deriva no solo del contrato sino de la ley (*STS 200/2015*).

(vi) La inmunidad de la acción directa a las excepciones que el asegurador tenga contra su asegurado significa que no puede oponer las excepciones personales ni las derivadas de la conducta del asegurado, como por ejemplo el dolo, pero sí las excepciones objetivas, tales como la definición del riesgo, el alcance de la cobertura y, en general, todos los hechos impositivos objetivos que deriven de la ley o de la voluntad de las partes del contrato de seguro (*STS 200/2015, de 17 de abril* , con cita de las de *26 de noviembre de 2006* , *8 de marzo de 2007* y *23 de abril de 2009*).

(vii) En particular, "la delimitación del riesgo efectuada en el contrato resulta oponible [...] al tercero perjudicado, no como una excepción en sentido propio, sino como consecuencia de la ausencia de un hecho constitutivo del derecho de aquel sujeto frente al asegurador. Ese derecho podrá haber nacido frente al asegurado en cuanto causante del daño, pero el asegurador no será responsable, porque su cobertura respecto al asegurado contra el nacimiento de la obligación de indemnizar sólo se extiende a los hechos previstos en el contrato. En tales casos, queda excluida la acción directa, pues el perjudicado no puede alegar un derecho al margen del propio contrato" (*STS 730/2018, de 20 de diciembre* , que cita las *sentencias 1166/2004, de 25 de noviembre* ; *268/2007, de 8 de marzo* ; *40/2009, de 23 de abril* ; *200/2015, de 17 de abril* ; y *484/2018, de 11 de septiembre*).

(viii) La acción directa se entiende sin perjuicio del derecho del asegurador a repetir contra el asegurado; precisamente, este derecho de repetición solo tiene sentido porque el asegurador no puede oponer al perjudicado el comportamiento doloso del asegurado.

(ix) Su regulación no impide que la pretensión objeto de la acción se someta al régimen del *art. 219 LEC* , dejando la cuantificación de la indemnización para un momento posterior (*STS 213/2015, de 17 de abril*): la aseguradora no queda privada de la posibilidad de excepcionar las cláusulas delimitativas del riesgo, como es el capital máximo por siniestro "pues nada impedía a la aseguradora plantear o excepcionar esas supuestas cláusulas delimitativas del riesgo tanto en el primer pleito como en el segundo".

En esencia, el tratamiento jurisprudencial se basa en tres principios destacados

por doctrina autorizada: autonomía de la acción, solidaridad de obligados y dependencia estructural respecto de la responsabilidad del asegurado.

El siguiente paso del discurso metodológico, es que el tribunal que conozca de la acción directa frente a la aseguradora deberá examinar con carácter prejudicial si la Administración incurrió o no en responsabilidad.

4.- No parece existir dudas acerca de que la jurisdicción civil pueda y deba pronunciarse prejudicialmente sobre la existencia de responsabilidad de la Administración cuando se ejercite solo la acción directa frente a la aseguradora, lo que expresamente viene contemplado en el *art 42 LEC* .

Con dos puntualizaciones: que el pronunciamiento prejudicial sobre si la Administración ha incurrido en responsabilidad patrimonial se verificará conforme a la normativa de la misma, es decir, conforme a los *artículos 139 y ss. de la Ley 30/1992* , así como que será a los solos efectos del proceso, sin que ello suponga reconocerle competencia a la jurisdicción civil para declarar la responsabilidad de la Administración Pública asegurada (informe del Consejo de Estado 331/1995 de 9 de mayo), para lo que debe seguirse el procedimiento administrativo previsto legalmente.

Los *autos 3/2010 , 4/2010 y 5/2010 de 22 de marzo de 2010 de la Sala Especial de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo* , afirman que:

"El hecho de que para determinar la responsabilidad del asegurador haya que analizar, con los parámetros propios del derecho administrativo, la conducta de la Administración asegurada no resulta en ningún modo extravagante.

"El *art. 42 de la Ley 1/2000 de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil* prevé tal escenario con toda naturalidad, admitiendo un examen prejudicial que solo producirá efectos en el proceso de que se trate. La eventualidad de que en uno y otro orden (el civil y el contencioso-administrativo) se llegue a conclusiones fácticas distintas se encuentra resuelta en nuestro ordenamiento desde hace tiempo, en el que la jurisprudencia de nuestros tribunales, interpretando el *art. 24.1 de la Constitución* y, en el caso de afectar al ejercicio del *ius puniendi* del Estado, el 25.1, ha sentado que unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para diferentes órganos o instituciones públicas de modo que, fijados por el juez de una jurisdicción, vinculan a los demás, salvo que estos últimos cuenten con elementos de juicio que no estuvieron a disposición del primero. En fin, la máxima que aconseja no dividir la continencia de la causa opera siempre y cuando no suponga la restricción de los derechos sustantivos y procesales de los contendientes".

Así se reitera en la *sentencia de la sala de 22 de marzo de 2010* y en el auto de la Sala de Conflictos de 12 de marzo de 2013, que dispone que: "Los inconvenientes de orden práctico que puedan derivarse de la pervivencia de la duplicidad jurisdiccional en este concreto punto no puede sobreponerse a un derecho sustantivo otorgado a los perjudicados por una norma del ordenamiento jurídico vigente, que, además, constituye un pilar de nuestro sistema en relación con el contrato de seguro, emparentado con la tutela judicial efectiva y con la voluntad del legislador de proteger a los perjudicados como ha manifestado la *sentencia de la sala del Tribunal supremo de 30 de mayo de 2007* . Y es que el hecho de que para determinar la conducta de la Administración asegurada no resulta en modo alguno extravagante. El *artículo 42 de la Ley 1/2000* de Enjuiciamiento Civil prevé tal escenario con toda naturalidad, admitiendo un examen prejudicial que sólo producirá

efectos en el proceso de que se trate".

5.- A partir de las anteriores consideraciones, cuando ocurre un siniestro por el que pudiese exigirse responsabilidad patrimonial a una administración sanitaria, se abren diferentes posibilidades:

(i) Que el perjudicado ejercite contra la aseguradora de la Administración la acción directa que prevé el *art. 76 LCS*, obviando seguir el procedimiento administrativo previsto legalmente para reclamar responsabilidad y consiguiente indemnización de esta.

En este supuesto, en el que el perjudicado se dirige, al amparo del *art. 76 LCS*, directa y exclusivamente contra la compañía aseguradora, la competencia para conocer de la acción corresponde necesariamente a la jurisdicción civil, pues no cabe acudir a los tribunales de lo contencioso-administrativo sin actuación u omisión administrativa previa que revisar ni Administración demandada que condenar (*STS de 15 de octubre de 2013, rec. 1578/2011*).

Pero ello será a los solos efectos prejudiciales por lo que se refiere a la responsabilidad de la Administración (*art. 42.1 LEC*), esto es, que solo produce efectos en el proceso civil y no en el contencioso-administrativo, si llegase a existir, pues para que así fuese, esto es, si se pretendiese demandar responsabilidad de la Administración y condena de ésta, será preciso seguir la vía administrativa y contencioso-administrativa.

Y como se ha expuesto, la prejudicialidad de la responsabilidad de la Administración, a los solos efectos del proceso civil, debe verificarse conforme a parámetros administrativos.

(ii) Que el perjudicado acuda a la vía administrativa y contencioso-administrativa y que, una vez declarada la responsabilidad de la Administración y su condena, ejercite contra la aseguradora de esta la acción directa prevista en el *art. 76 LCS*.

En este caso la acción directa se circunscribirá al contrato de seguro, pues el presupuesto técnico de la responsabilidad del asegurado, que es la Administración, consta como vinculante, por ser aquella la única jurisdicción que la puede condenar, esto es, la contencioso-administrativa.

Así se infiere de la *sentencia 625/2014 de 25 de febrero*.

(iii) Que el perjudicado opte por seguir el expediente administrativo de responsabilidad patrimonial y, recaída resolución por la Administración, sea consentida por aquel al no impugnarla en la vía contencioso-administrativa.

Naturalmente la cuestión jurídica que pudiese suscitarse es si con posterioridad a la resolución administrativa o con anterioridad pero en el curso de la tramitación del expediente incoado, el perjudicado ejercita la acción directa del *art. 76 LCS* contra la aseguradora de la Administración.

La resolución administrativa recaída puede ser desestimando la existencia de la responsabilidad o asumiendo su existencia y fijando la cuantificación de la indemnización a satisfacer.

Este último supuesto es el de autos y, por ende, el que va a merecer nuestra atención y enjuiciamiento.

6.- La interrogante es qué valor se debe dar a la resolución dictada por la Administración dentro del procedimiento incoado contra la aseguradora ante la jurisdicción civil, al amparo del *art. 76 LCS*.

Es incuestionable que la parte demandante, en su legítimo derecho de opción al que se hizo mención, optó voluntaria y libremente por acudir a la vía administrativa previa para exigir de la Administración una indemnización del daño padecido por ser responsable de la causa que lo originó.

La reclamación patrimonial se interpuso en fecha 7 de agosto de 2012 y recayó resolución que puso término al expediente el 3 de septiembre de 2014.

Cuando el expediente administrativo se encontraba en trámite, ya avanzado y con informe emitido por el inspector médico, se ejercitó por la parte actora la acción directa contra la aseguradora en demanda fechada el 9 de enero de 2014 y presentada el 15 de ese mes y año.

La resolución administrativa resolvió "estimar la reclamación de daños y perjuicios formulada..., reconociéndoles el derecho a percibir una indemnización total actualizada por importe de 334.684, 66 euros por los daños y perjuicios ocasionados".

Esta resolución ha devenido firme por cuanto quienes presentaron la reclamación patrimonial, que coinciden con los actores de este pleito, no la impugnaron ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

7.- De ello se colige que lo único que podían impugnar los reclamantes ante la jurisdicción Contencioso-Administrativa, era el *quantum* indemnizatorio en el caso de que discrepasen de él, por cuanto la Administración asumió su responsabilidad.

Si a ello se une, según expusimos, que la aseguradora no puede quedar obligada más allá de la obligación del asegurado así como que la jurisdicción contencioso-administrativa es la única competente para condenar a la Administración, mientras que la jurisdicción civil solo conoce de su responsabilidad y consecuencias a efectos prejudiciales en el proceso civil, se ha de convenir que sería contrario a la legalidad que se utilizase la acción directa para impugnar el acto administrativo, que se había consentido, a los solos efectos indemnizatorios.

Se conseguiría así el reconocimiento en vía civil de una responsabilidad de la entidad aseguradora distinta cualitativa y cuantitativamente a la que con carácter firme ha sido reconocida y declarada por el órgano competente para ello al culminar el procedimiento administrativo legalmente previsto, que ha sido consentido por los perjudicados al no acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa, única que podría revisarla.

Con la consecuencia de que sería condenada la aseguradora en el proceso civil, en aplicación del *art. 76 LCS*, a una cantidad superior a la obligación de la Administración asegurada, que de haberse satisfecho se podría tener por extinguida.

Por tanto, cuando como es el caso, existe una estimación, total o parcial, de la

reclamación, se pone en marcha una serie de mecanismos que justifican la solución que propugnamos.

Así: (i) fijada la indemnización, la aseguradora o la propia asegurada pueden pagarla y extinguir el crédito; (ii) una vez declarada la responsabilidad y establecida la indemnización, si el perjudicado no acude a la vía contenciosa, esos pronunciamientos quedan firmes para la administración; (iii) pueden producirse, potencialmente, todos los efectos propios de las obligaciones solidarias, además del pago, ya mencionado; y (iv) la indemnización que queda firme en vía administrativa es el límite del derecho de repetición que el *art. 76 LCS* reconoce a la aseguradora.

8.- Consecuencia de lo expuesto es la estimación del recurso de casación interpuesto por Zurich Insurance PLC.

Recursos de don Onesimo y don Rogelio.

CUARTO.- Como se anunció en su momento si se estimase el recurso de casación de Zurich, como así ha sido, tendría consecuencias relevantes para los recursos interpuestos por los demandantes.

Los efectos no son otros que su carencia de efecto útil, pues, aunque pudiese estimarse el de infracción procesal, con las consecuencias procesales que se acordasen, lo cierto es que, si se limita la indemnización, como es el caso, a la suma fijada en la resolución administrativa, la estimación carecería de efecto útil.

Por tanto, procede su desestimación por tal motivo, si bien, como ha entendido la sala en supuestos similares, al ser esa la causa de desestimación se aprecian razones suficientes para no condenar en costas a la parte recurrente (*arts. 394 y 398 LEC*), si bien procede acordar la pérdida del depósito constituido (*STS 245/2018, de 24 de abril de 2018* , con cita de otras).

QUINTO.- De conformidad con lo dispuesto en los *arts. 394. 1 y 398. 1 LEC* , no se impone a la recurrente Zurich las costas del recurso de casación interpuesto por ella.

No se hace expresa condena de las costas de ambas instancias.

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 de Zurich, contra la *sentencia dictada con fecha 18 de abril de 2016 por la Audiencia Provincial de Barcelona, (sección 14.ª), en el rollo de apelación n.º 500/2014* , dimanante del juicio ordinario n.º 781/2011 del Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de DIRECCION000.

2.º Desestimar los recursos de los demandantes.

3.º Casar la sentencia recurrida, que se deja sin efecto, y con revocación de la de primera instancia, estimar parcialmente la demanda, al quedar limitada la condena a la suma fijada en la resolución administrativa, que devengará los intereses del *art. 20 LCS* de esta suma desde la fecha del siniestro hasta la fecha de su

consignación.

4.º No se condena a las partes a las costas de los recursos interpuestos por ellos, si bien con pérdida para los demandantes del depósito constituido.

5.º No se hace expresa condena de las costas causadas en ambas instancias.

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

Así se acuerda y firma.