Audiencia Provincial Civil de Madrid
Sección Novena
c/ Santiago de Compostela, 100 , Planta 1 - 28035
Tfno.: 914933935
37007740
N.I.G.: 28.079.00.2-2017/0032456

Recurso de Apelación 633/2019 -5

O. Judicial Origen: Juzgado de 1ª Instancia nº 36 de Madrid
Autos de Procedimiento Ordinario 192/2017

APELANTE: "ZURICH INSURANCE PLC, SUCURSAL EN ESPAÑA"
PROCURADORA: Dña. MARÍA ESTHER CENTOIRA PARRONDO
APELADA: Dña. [redacted]
PROCURADOR: D. LUIS AMADO ALCÁNTARA

SENTENCIA Nº 538 /19

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:

D. JUAN LUIS GORDILLO ÁLVAREZ-VALDÉS

Dña. INMACULADA MELERO CLAUDIO

Dña. MARÍA PILAR PALÁ CASTÁN

En la Villa de Madrid, a siete de noviembre de dos mil diecinueve.

VISTOS en grado de apelación ante esta Sección Novena de la Audiencia Provincial de Madrid, los autos de Procedimiento Ordinario nº 192/2017, procedentes del Juzgado de Primera Instancia Nº 36 de Madrid, a los que ha correspondido el Rollo de apelación nº 633/2019, en los que aparecen como partes: de una, como demandante y hoy apelada **Dña.** [redacted] representada por el Procurador D. Luis Amado Alcántara; y de otra, como demandada y hoy apelante **"ZURICH INSURANCE PLC, SUCURSAL EN ESPAÑA"**, representada por la Procuradora Dña. María Esther Centoira Parrondo; sobre reclamación de cantidad.

SIENDO MAGISTRADO PONENTE EL ILMO. SR. D. JUAN LUIS GORDILLO ÁLVAREZ-VALDÉS.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

La Sala acepta y da por reproducidos los antecedentes de hecho de la resolución recurrida; y

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia Nº 36 de los de Madrid, en fecha siete de febrero de dos mil diecinueve, se dictó Sentencia cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "**FALLO**.- Que debo estimar y estimo la demanda interpuesta a instancia de [redacted] representada por el procurador D. Luis Amado Alcántara contra ZURICH INSURANCE PLE SUCURSAL EN ESPAÑA, representada por la procuradora Dª Mª Esther Centoira Parrondo y en consecuencia debo condenar y condeno a la parte demandada a abonar a la parte demandante la cantidad de 229.347,83 euros (doscientos veintinueve mil trescientos cuarenta y siete euros con ochenta y tres céntimos) y a los intereses establecidos en el artº 20 de la LCS desde el día 13 de diciembre hasta la fecha de la presente siendo aplicable el artº 576 LEC, con condena en costas a la parte demandada.".

SEGUNDO.- Notificada la mencionada sentencia por la representación procesal de la demandada, previos los trámites legales oportunos, se interpuso recurso de apelación, el cual le fue admitido, y, dándose traslado del mismo a la contraparte, se opuso a él, elevándose posteriormente las actuaciones a esta Superioridad, previo emplazamiento de las partes, ante la que han comparecido en tiempo y forma bajo las expresadas representaciones, substanciándose el recurso por sus trámites legales.

TERCERO.- No habiéndose solicitado el recibimiento a prueba en esta alzada, ni estimando la Sala necesaria la celebración de vista pública, quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento de votación y fallo, que tuvo lugar el día treinta de octubre del año en curso.

CUARTO.- En la tramitación del presente procedimiento han sido observadas en ambas instancias las prescripciones legales.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los de la sentencia apelada en lo que no se opongan a lo que a continuación se expone.

PRIMERO.- Referidos los primeros alegatos del recurso de apelación interpuesto por la aseguradora demandada -bajo el enunciado de falta de legitimación pasiva ad causam- a que la desestimación de la reclamación administrativa previa supone una renuncia de la parte actora, infringiéndose el principio de solidaridad con la condena a la seguradora, de tal forma que, conforme a distintas resoluciones que se citan, la demandante no tendría acción frente a la compañía de seguros en virtud de lo dispuesto en el art.73 de la Ley de Contrato de Seguro, pues la aseguradora responde de la responsabilidad civil que pueda nacer frente al asegurado y no otra distinta, pues solo se le puede exigir a aquella responder de la eventual responsabilidad del asegurado, la Sala no comparte tales alegatos.

SEGUNDO.- Así, partiendo que en el caso de autos recayó resolución administrativa en la que se desestimaba la exigencia de responsabilidad patrimonial de la Administración en la asistencia prestada a la ahora apelada, interponiéndose acción de reclamación de cantidad frente a la aseguradora del Servicio Madrileño de Salud, procede reproducir lo ya razonado por esta Sala en un supuesto semejante al de autos en sentencia de 12 de junio de 2017:

"...hemos de decir que no compartimos la opinión que el juez a quo expone en el ordinal SEGUNDO y TERCERO de los fundamentos jurídicos, en relación con la eficacia que haya de darse a la resolución administrativa, en la que la

Administración de la Comunidad de Madrid negaba toda responsabilidad patrimonial por un mal funcionamiento del servicio público de salud. Unida tal circunstancia al hecho de que los actores abandonaran la vía de la jurisdicción contencioso-administrativa para impugnar aquella decisión, lleva al tribunal de la instancia a considerar improcedente la acción ejercitada en el procedimiento, opinión que comparte la aseguradora en su escrito de oposición a la apelación.

El hecho de que los actores no prosiguieran los cauces del recurso contencioso-administrativo contra la resolución de la administración, alcanzando firmeza esta última, no supuso su renuncia al ejercicio de la acción directa frente a la aseguradora, ex artículo 76 de la Ley 50/1980. Una cosa es que ya no se pueda exigir responsabilidad a la Administración, y otra muy distinta que, de haberse producido el riesgo asegurado -mal funcionamiento del servicio público, ante una actuación negligente de los facultativos que atendieron a la parturienta-, ZURICH INSURANCE no deba responder.

No hay resolución judicial firme alguna en la que se declare la inexistencia de responsabilidad del Servicio Público de Salud de la Comunidad de Madrid, único supuesto en que esta jurisdicción se vería abocada a negar también la de la aseguradora, deudora solidaria junto con aquél frente al paciente.

Interpretar de otro modo el alcance del artículo 76 de la Ley de Contrato de Seguro , supondría vaciarlo de contenido, así como a la Jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo que reconoce que cuando los perjudicados, al amparo de dicho precepto, "se dirigen directa y exclusivamente contra la compañía aseguradora de una Administración pública, el conocimiento de la acción corresponde a los tribunales del orden civil" (Auto nº 21/2010 de la Sala Especial de Conflictos del Tribunal Supremo de 18 de octubre de 2010 y los que allí se citan).

Perdería su razón de ser la previsión legal de acción directa -exclusivamente dirigida contra la aseguradora-, si, en toda circunstancia, fuera necesaria la previa declaración de existencia responsabilidad de la administración implicada por los cauces administrativos y contencioso-administrativos.

En definitiva, lo razonado nos lleva a considerar procedente el ejercicio de la acción que se está ventilando en el presente procedimiento.".

Criterio también compartido por la sentencia de 13 de septiembre de 2018 de la Sección 13ª de esta Audiencia:

"Las alegaciones del recurso no pueden prosperar, por cuanto la acción ejercitada en las actuaciones del presente recurso derivan del artículo 76 LCS, al ser la apelante la compañía aseguradora del precitado centro hospitalario, por lo que la resolución administrativa firme y consentida no tiene valor legal vinculante, ni es necesario que con carácter previo se resuelva sobre la responsabilidad patrimonial de la administración, ni podemos apreciar un fraude de ley.

A tales efectos hemos de traer a colación la doctrina reiterada, y a tales efectos, en supuestos como el presente, cabe citar SAP Madrid Sección 11ª 10 abril 2018 ...".

5. El artículo 76 de la Ley de Contrato de Seguro comienza: "El perjudicado o sus herederos tendrán acción directa contra el asegurador para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar, sin perjuicio del derecho del asegurador a repetir contra el asegurado, en el caso de que sea debido a conducta dolosa de éste, el daño o perjuicio causado a tercero".

6. "<u>El art. 76 LCS ha reconocido la existencia de un derecho propio - sustantivo y procesal- del perjudicado frente al asegurador</u>, con el propósito, de una parte, de un resarcimiento más rápido mediante el ejercicio de la acción directa contra el profesional del negocio asegurador 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. De esta forma, el tercero perjudicado tiene dos derechos frente a dos obligados: contra el asegurado-causante del daño y contra el asegurador...".

7. "Cabe recordar que, desde la Ley 50/1980, en el derecho español los perjudicados cuentan con la <u>facultad de dirigirse directamente contra el asegurador</u>

para resarcirse de los daños y perjuicios que les haya irrogado el asegurado.... [...] Parece evidente que las reformas sobre la distribución de competencias entre jurisdicciones no puede alcanzar a negar un derecho reconocido en un precepto legal vigente, forzando a sus titulares a dirigirse, además de contra el asegurador, frente a la Administración, agotando previamente la vía ante la misma para, después de obtener un resultado negativo, promover un recurso contencioso-administrativo. [también ATS 4/2014, 19.2] ... 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 artículo 42 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento civil (BOE de 8 de enero) prevé tal escenario con toda naturalidad, admitiendo un examen prejudicial que sólo producirá efectos en el proceso de que se trate. [...] 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" (ATS Conflictos 3/2010, 22.3; 4/2010, 22.3; 5/2010, 22.3 y 21/2010, 18.10).

8. En este sentido, no vemos razones concluyentes que impidan al perjudicado optar por el ejercicio de la acción exclusivamente directa ante los tribunales civiles, incluso después de haber iniciado la vía administrativa. No cabe calificar como fraude de ley o contradicción con los actos propios la posibilidad de acudir a la jurisdicción civil porque, precisamente, la Ley tiende a facilitar el resarcimiento del perjudicado mediante esta acción ...

9. En efecto, "no hay fraude de ley en el hecho de que el perjudicado, que podía haber acudido a la jurisdicción contencioso-administrativa para reclamar contra la Administración -en su caso, conjuntamente contra la aseguradora, artículo 9.4.II, in fine , de la LOPJ -, haya optado por ejercer la acción directa del artículo 76 de la LCS contra la aseguradora, acción de la que corresponde conocer a los tribunales civiles" ...

10. Sobre la doctrina de los actos propios, que causarían estado, "la naturaleza de la acción ejercitada al amparo del artículo 76 de la Ley del Contrato

de Seguro, que tampoco se ve alterada por los actos propios de los demandantes siendo como es una facultad procesal que la ley concede al perjudicado, y como tal indisponible, por lo que el hecho de que aceptaran inicialmente la competencia de la jurisdicción administrativa para resolver el conflicto no implica que pudieran después dirigirse frente al asegurador de la responsabilidad civil" (STS 1ª 71/2014, 21.2 , sin que no lo transcrito altere este dictum).

11. En el plano procesal, el argumento de la pérdida de acción contra el asegurado desconoce la autonomía procesal de la acción directa ...

12. En el plano sustantivo, la responsabilidad de la Administración se declara o se deniega por un tribunal en sentencia y, hasta entonces, el crédito eventual no puede darse por precluido o extinguido.

13. Ciertamente, una resolución administrativa firme puede pronunciarse sobre la responsabilidad patrimonial, pero es susceptible de revisión jurisdiccional plena ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Además, en el particular supuesto de ejercicio de la acción exclusivamente directa (no en otros), la ley otorga al tribunal civil competencia asimismo plena para dilucidar la responsabilidad. "En puridad no nos encontramos ante un problema meramente prejudicial en el sentido de hallarnos ante objetos procesales que hayan de dirimirse ante otras jurisdicciones, en el caso, ante la jurisdicción contencioso-administrativa, y que "a los solos efectos perjudiciales, los tribunales civiles [puedan] conocer de asuntos" que estén atribuidos a aquel orden jurisdiccional. Lo cierto es que la jurisdicción civil, conforme a la distribución de materias contenida en el art. 9 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , conoce en razón de la materia de demandas como la litigiosa por vía directa, no por la que posibilita el art. 10 del citado texto orgánico. [//] Así las cosas, ninguna vinculación podrá predicarse respecto a lo resuelto por el SAS en vía administrativa, por firme que pueda ser la resolución de 2/mayo/2012. La jurisdicción civil está actuando potestades que le son propias y privativas, habiendo quedado preservado la necesaria "univocidad procesal" que reclama la jurisprudencia del Tribunal Supremo en el sentido de ser congruentes los respectivos análisis de los hechos" (SAP Cádiz 2ª 190/2014, 31.7).

14. Como doctrina general, no estamos vinculados a la resolución administrativa que deniega la responsabilidad patrimonial porque no hay prejudicialidad devolutiva ni la Orden administrativa produce efectos de cosa juzgada material. La resolución administrativa que deniega la responsabilidad patrimonial de la Administración, no suspende el curso de las actuaciones civiles ni vincula porque no es de aquellos contados supuestos en los que lo establece la ley o el acuerdo de las partes (art. 42.3 LEC a contrario). Tampoco debe apreciarse cosa juzgada: "El art. 222.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se refiere a sentencias firmes dictadas por órganos de la jurisdicción civil cuando se trata de definir relaciones jurídicas de tal carácter, por lo que difícilmente puede atribuirse efectos de cosa juzgada, siquiera como prejudicial, a lo decidido por otras jurisdicciones, y menos aún por los órganos administrativos" (STS 1ª 301/2016, 5.5). Distinto sería, en otro caso, que la resolución "fue objeto de recurso contencioso-administrativo, la resolución judicial firme que lo resuelve sí vincula al tribunal civil" (SSTS 1ª 634/2014, 9.1.2015 y 588/2017, 3.11; también Pleno 12.1.2015).

15. Además, la doctrina jurisprudencial de que "el orden jurisdiccional civil ha de partir de la presunción de legalidad de los actos administrativos, mientras no sean anulados por el orden jurisdiccional contencioso administrativo" (STS 1ª 545/2014, 1.10 y juris. cit.) ha sido objeto de matización sistemática, pues se refiere a aquellos casos de prejudicialidad putativa , en los que el tribunal civil se vería abocado a conocer del objeto principal del pleito consistente en una cuestión administrativa ajena a su competencia*: "cuando lo que constituye verdaderamente la controversia del proceso es una cuestión que, al margen del planteamiento jurídico-privado efectuado por las partes, está sometida al Derecho administrativo y no al Derecho civil o mercantil, esta Sala ha declarado la competencia de los órganos judiciales del orden contencioso- administrativo" porque "la técnica de la prejudicialidad no puede arrastrar el conocimiento de la cuestión planteada al ámbito del orden jurisdiccional civil porque no puede admitirse que el thema decidendi [cuestión que debe decidirse], de carácter jurídico-administrativo y llamado a ser resuelto por la jurisdicción de este orden, tenga carácter accesorio o*

prejudicial respecto de la cuestión civil planteada, generando la posibilidad de que una ulterior resolución sobre el asunto -que constituye la esencia del litigio- por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo pudiera dar lugar a una contradicción insalvable entre lo resuelto por ambas jurisdicciones" (STS 1ª 313/2013, 6.5 cit. 12/2011, 31.1).

16. Ahora bien, en el supuesto de acción exclusivamente directa, por disposición legal, no se resuelve a los solos efectos prejudiciales sino con competencia plena....

17. ...compartimos la tesis de que "no se puede obligar a quienes les asiste un derecho procesal autónomo de ejercitar la acción directa del artículo 76 de la LCS a acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa buscando una declaración de responsabilidad patrimonial de Administración" (SAP Barcelona 14ª 395/2017, 27.7 , con excepciones). "El hecho de que los actores no prosiguieran los cauces del recurso contencioso-administrativo contra la resolución de la administración, alcanzando firmeza esta última, no supuso su renuncia al ejercicio de la acción directa frente a la aseguradora, ex artículo 76 de la Ley 50/1980. Una cosa es que ya no se pueda exigir responsabilidad a la Administración, y otra muy distinta que, de haberse producido el riesgo asegurado -mal funcionamiento del servicio público, ante una actuación negligente de los facultativos que atendieron a la parturienta-, [la aseguradora] no deba responder. No hay resolución judicial firme alguna en la que se declare la inexistencia de responsabilidad del Servicio Público de Salud de la Comunidad de Madrid, único supuesto en que esta jurisdicción se vería abocada a negar también la de la aseguradora, deudora solidaria junto con aquél frente al paciente ... (Los subrayados, como en la anterior, son nuestros).

Por todo ello, si bien la Sala es consciente de la existencia de otros criterios adoptados en diversas resoluciones de los Tribunales, procede el rechazo de las alegaciones vertidas en el recurso al respecto.

TERCERO.- Referido el siguiente motivo del recurso a la imposición de intereses del art 20 LCS desde que se le notificó a la aseguradora la reclamación patrimonial -13 de diciembre de 2016-, invocando que la reclamación se dirigió inicialmente contra su asegurado, así como diversas resoluciones de los tribunales que consideran que el día inicial del cómputo será cuando se resuelva la reclamación administrativa reconociendo la responsabilidad de la administración, existiendo mientras una situación de incertidumbre sobre el derecho indemnizatorio, por lo que los intereses deberían de imponerse, en su caso, desde la demanda o desde la sentencia, la Sala discrepa de tales alegatos toda vez que, según se ha razonado anteriormente, sobre la base de, como ya se ha expuesto, tratarse de una acción directa dirigida exclusivamente frente a la aseguradora, que no tiene valor legal "vinculante, ni es necesario que con carácter previo se resuelva sobre la responsabilidad patrimonial de la administración", tratándose de una acción autónoma, no procede acoger la tesis de la ahora apelante.

Siendo de pleno rechazo la pretendida aplicación de lo dispuesto en el art. 20.8 de la LCS, debiéndose de reproducir al respecto lo razonado por la sentencia de la Sección 13ºde esta Audiencia ya citada:

"Con carácter general, en fin, e invocando un modelo de conducta acrisolado, el propósito del artículo 20 LCS es sancionar la falta de pago de la indemnización, o de ofrecimiento de una indemnización adecuada, a partir del momento en que un ordenado asegurador, teniendo conocimiento del siniestro, la habría satisfecho u ofrecido. Siempre a salvo el derecho del asegurador de que se trate a cuestionar después o seguir cuestionando en juicio su obligación de pago y obtener, en su caso, la restitución de lo indebidamente satisfecho".

Con base a esta doctrina no apreciamos, en el presente supuesto, la causa justificada, a los efectos del artículo 20.8 LCS, que se pretende en el recurso, máxime cuando la existencia de un proceso, el mero hecho de acudir al mismo, no constituye causa que justifique por sí el retraso, o que permita presumir la racionabilidad de la oposición; pues no se niega la condición de aseguradora de la demandada-apelante, ni la ausencia de cobertura, a su vez, la resolución administrativa denegatoria de la

responsabilidad patrimonial, no puede configurarse, a los efectos del artículo 76 LCS, como causa justificada de oposición.

En consecuencia, el motivo ha de ser desestimado".

Por todo ello el motivo debe de ser desestimado, como también el alegato de la parte apelada de deberse de estar al 26 de febrero de 2014 como fecha en que la aseguradora conoció el siniestro, pues, al no apelar la sentencia, no cabe pronunciarse al respecto pues lo contrario podría implicar infracción del principio de la reformatio in peius.

CUARTO.- Desestimándose el recurso de apelación, se imponen a la parte apelante las costas de esta alzada (art 398 LEC).

VISTOS los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación al caso,

F A L L O

DESESTIMANDO el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de ZURICH INSURANCE PLC, SUCURSAL EN ESPAÑA, contra la Sentencia de fecha 07/02/2019, dictada por la Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia Nº 36 de Madrid en autos de Procedimiento Ordinario nº 192/2017, **CONFIRMAMOS** lo dispuesto en dicha resolución.

Todo ello con imposición a la parte apelante de las costas de esta alzada; con pérdida del depósito constituido para recurrir de conformidad con el punto 9º de la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Así, por esta nuestra Sentencia, de la que se llevará certificación literal al rollo de Sala del que dimana, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Haciéndose saber

que contra la misma cabe recurso de casación de acreditarse el interés casacional, que deberá interponerse ante este Tribunal en el término de veinte días desde la notificación de la presente.