



Roj: **STS 4658/2023 - ECLI:ES:TS:2023:4658**

Id Cendoj: **28079110012023101541**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **06/11/2023**

Nº de Recurso: **4172/2019**

Nº de Resolución: **1519/2023**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **JOSE LUIS SEOANE SPIEGELBERG**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP B 12226/2018,**
STS 4658/2023

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 1.519/2023

Fecha de sentencia: 06/11/2023

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 4172/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 25/10/2023

Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg

Procedencia: AUD. PROVINCIAL DE BARCELONA, SECCION 17.^a

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

Transcrito por: EAL

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 4172/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 1519/2023

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Francisco Marín Castán, presidente

D.^a M.^a Ángeles Parra Lucán

D. José Luis Seoane Spiegelberg

D. Antonio García Martínez



En Madrid, a 6 de noviembre de 2023.

Esta Sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por Zurich Insurance PLC, Sucursal en España, S.A., representada por la procuradora D.^a M.^a Esther Centoira Parrondo, bajo la dirección letrada de D. Roberto Valls de Gispert; y el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por Institut Catala de la Salut, representado por el procurador D. Jordi Fontquerni Bas, asistido de la letrada D.^a Elena Pérez Torio; todos ellos contra la sentencia n.º 670/2018, dictada por la Sección 17.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona, en el recurso de apelación n.º 1297/2016, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario n.º 884/2013, del Juzgado de Primera Instancia n.º 26 de Barcelona.

Ha sido parte recurrida D. Augusto , D.^a Patricia , D. Bienvenido , D.^a Rebeca , D. Cecilio , D. Celso y D.^a Salvadora , representados por el procurador D. Felipe Segundo Juanas Blanco y bajo la dirección letrada de D.^a M.^a Montserrat Téllez Álvarez.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia*

1.- El procurador D. Joan Grau Martí, en nombre y representación de D. Augusto , D.^a Patricia , D. Bienvenido , D.^a Rebeca , D. Cecilio , D. Celso y D.^a Salvadora , interpuso demanda de juicio ordinario contra Zurich España, Compañía de Seguros y Reaseguros, en la que solicitaba se dictara sentencia:

"[...] por la que se condene a la demandada a satisfacer a mi principal la cantidad de 149.663,92 euros como los intereses previstos en el art. 20 LCS desde la fecha del siniestro hasta su completo pago y costas que se devenguen, y todo ello, con expresa condena en costas ala demandada".

2.- La demanda fue repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 26 de Barcelona y se registró con el n.º 884/2013. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- El procurador D. Jaume Guillem Rodríguez, en representación de Zurich Insurance PLC, Sucursal en España, presentó escrito promoviendo declinatoria de jurisdicción al entender competente al orden contencioso administrativo.

El procurador D. Alfredo Martínez Sánchez, en representación del Institut Català de la Salut, presentó escrito interesando se le tuviera como parte en el procedimiento.

Tramitado el incidente de falta de jurisdicción, el Juzgado de Primera Instancia n.º 26 de Barcelona dictó auto de 4 de diciembre de 2013 por el que declaraba la falta de jurisdicción a favor del orden contencioso administrativo, resolución que fue recurrida en apelación por la representación procesal de D. Augusto y otros. Mediante auto de 25 de noviembre de 2014, la Sección 11.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona estimó el recurso y declaró la competencia de los juzgados de lo civil para conocer del procedimiento.

4.- El procurador D. Jaume Guillem Rodríguez, en representación de Zurich Insurance PLC, Sucursal en España, contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba al juzgado:

"[...] se absuelva a Zurich Insurance PLC, Sucursal en España de los pedimentos de la misma, con expresa imposición a la parte actora de las costas causadas".

5.- Por auto de 15 de diciembre de 2015 el Juzgado de Primera Instancia n.º 26 de Barcelona tuvo por comparecido al Institut Català de la Salut como parte en el procedimiento.

6.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el Magistrado-juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 884/2013 dictó sentencia de fecha 21 de octubre de 2016, con la siguiente parte dispositiva:

"Debo acordar y acuerdo desestimar íntegramente la demanda interpuesta por Joan Grau Martí, en nombre y representación de Augusto , Patricia , Bienvenido , Rebeca , Cecilio , Celso y Salvadora contra la mercantil Zurich España, Compañía de Seguros y Reaseguros, S.L.

"Procede la imposición de las costas de la demandada Zurich a la parte actora.

"En relación a las costas del Institut Català de la Salut no procede efectuar pronunciamiento alguno, declarando las mismas de oficio".

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia*



1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de D. Augusto , D.ª Patricia , D. Bienvenido , D.ª Rebeca , D. Cecilio , D. Celso y D.ª Salvadora .

2.- La resolución de este recurso correspondió a la sección 17.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, que lo tramitó con el número de rollo 1297/2016, y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 19 de septiembre de 2018, cuya parte dispositiva dispone:

"FALLAMOS: Estimamos el recurso planteado por la representación de Augusto , Patricia , Bienvenido , Rebeca , Cecilio , Celso y Salvadora , revocamos la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 26 de Barcelona, el 21 de octubre de 2016, y condenamos a Zurich Insurance PLC, Sucursal en España, al abono a los demandantes de la cantidad desde 136.058,11 €, más los intereses legales del artículo 20 LCS desde la fecha del siniestro hasta su pago, y costas de la primera instancia, sin imposición de las costas del recurso".

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

1.- El procurador D. Alfredo Martínez Sánchez, en representación del Institut Català de la Salut, interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

El motivo del recurso extraordinario por infracción procesal fue:

"Se fundamenta este motivo al amparo del Artículo 469.1.2ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción del artículo 319 LEC, por infracción de la consolidada doctrina jurisprudencial del tribunal Supremo contenida por todas en su recientísima sentencia de 5 de junio de 2019 (sentencia 321/2019), y entre otros también, en las sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 1992, 26 de febrero 1998, 17 de marzo de 2004, 06 de mayo de 2013 y 1 de octubre de 2014, entre otras muchas, que en aplicación de dichos artículos sostiene que en el orden jurisdiccional civil se ha de partir de la presunción de legalidad de los actos administrativos, mientras o sean anulados por el orden jurisdiccional Contencioso-Administrativo. [...]".

El motivo del recurso de casación fue:

"Se fundamenta este motivo al amparo del Artículo 477.2.3º en relación al 477.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción de la interpretación jurisprudencial de los artículos 1137, 1144 y 1148 del Código Civil, al no respetar la declaración de no responsabilidad de nuestro asegurado realizada por Resolución administrativa que devino firme e inatacable con carácter previo a que se dictase la sentencia de primera instancia".

2.- El procurador D. Jaume Guillem Rodríguez, en representación de Zurich Insurance PLC, Sucursal en España, también interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

"PRIMER MOTIVO DEL RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL: Se fundamenta este motivo al amparo del Artículo 469.1, 2ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción del artículo 319 LEC, por infracción de la consolidada doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo contenida en las sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 1992 , 26 de febrero de 1998, 17 de marzo de 2004, 06 de mayo de 2013 y 1 de octubre de 2014, entre otras muchas, que en aplicación de dichos artículos sostiene que en el orden jurisdiccional civil se ha de partir de la presunción de legalidad de los actos administrativos, mientras no sean anulados por el orden jurisdiccional Contencioso-Administrativo.

"SEGUNDO MOTIVO DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE INFRACCIÓN PROCESAL. Se fundamenta este motivo al amparo del art. 469.1, 2º de la LEC, por vulneración del artículo 218 de la LEC, se alega incongruencia omisiva, al no pronunciarse la Sala sobre la alegación de Zurich de la aplicación de la doctrina y jurisprudencia sobre la pérdida de oportunidad derivada de asistencia médica para la indemnización de daños y perjuicios. Habiendo solicitado mi mandante la subsanación de la omisión, la Sala lo ha denegado".

El motivo del recurso de casación fue:

"MOTIVO DEL RECURSO DE CASACION. Se fundamenta este motivo al amparo del Artículo 477.2, 3ª en relación al 477.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción de la interpretación jurisprudencial de los artículos 1137, 1144 y 1148 del Código Civil, al no respetar la declaración de no responsabilidad de nuestro asegurado realizada por Resolución administrativa que devino firme e inatacable con carácter previo a que se dictase la sentencia de primera instancia".

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 6 de octubre de 2021, cuya parte dispositiva es como sigue:



"1.º) Admitir los recursos, extraordinario por infracción procesal y de casación, interpuestos por la representación procesal de Institut Català de la Salut y de Zurich Insurance PLC, Sucursal en España, contra la sentencia 670/2018, de 19 de septiembre, de la sección 17.ª, de la Audiencia Provincial de Barcelona, en el rollo de apelación n.º 1297/2016-G, que dimana de los autos de juicio ordinario 884/2013, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 26 de Barcelona.

"2.º) 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.

"De conformidad con lo dispuesto en los art. 483.5 y 473.3 de la LEC contra la presente resolución no cabe recurso alguno".

3.- Se dio traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición a los recursos interpuestos, lo que hizo mediante la presentación de los correspondientes escritos.

4.- Por providencia de 12 de septiembre de 2023 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 25 de octubre del presente, fecha en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Antecedentes relevantes*

A los efectos decisorios del presente proceso partimos de los siguientes antecedentes relevantes:

1º.- El 11 de diciembre de 2011, falleció D.ª Noemi , de 71 años, tras recibir atención médica en los servicios de urgencias del Hospital Germans Trias i Pujol de Badalona, entre los días 4 y 10 de diciembre de 2011.

2º.- El 5 de diciembre de 2012, el marido e hijos de la fallecida dirigieron un requerimiento a la aseguradora Zurich Insurance PLC, Sucursal España S.A. en el que, a efectos de interrumpir la prescripción, le comunicaron la intención de ejercitar contra dicha compañía la acción directa del art. 76 LCS.

3º.- El 6 de marzo de 2013, la aseguradora comunicó que no tenía conocimiento del siniestro y solicitó la historia clínica de la fallecida.

4º.- El 26 de marzo de 2013, la parte demandante remitió el historial clínico que disponía y dio a la aseguradora la correspondiente autorización para que solicitase toda la información que precisase del centro hospitalario en el que se prestó la asistencia médica a la Sra. Noemi .

5º.- El 3 de abril de 2013, la aseguradora comunicó al Institut Català de la Salut el requerimiento efectuado por la actora, y solicitó la apertura de oficio de un expediente de responsabilidad patrimonial de la Administración.

6º.- El 12 de abril de 2013, el Institut Català de la Salut abrió tal procedimiento administrativo a los efectos de determinar, en su caso, la responsabilidad patrimonial en que hubiese podido incurrir el Institut Català de Salut en la asistencia médica dispensada a la Sra. Noemi por el Hospital Germans Trias i Pujol, conforme a los arts. 139.1 y 142.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y arts. 4.1, 5 y 6 de su Reglamento 429/1993, de 26 de mayo.

El 19 de abril siguiente, se envió a la parte actora copia de la resolución de incoación del procedimiento de responsabilidad patrimonial, indicándole que, conforme al art. 42.4 de la Ley 30/1992, disponía de un plazo de siete días para aportar alegaciones, documentos o información que considerase conveniente y proponer las pruebas que fuesen pertinentes para su reconocimiento.

La parte actora comunicó que no comparecería en el procedimiento, puesto que pretendía ejercer la acción directa únicamente contra la aseguradora de la Administración.

7º.- La parte actora interpuso demanda el 7 de mayo de 2013, que no fue admitida a trámite por no presentar justificante del pago de la correspondiente tasa judicial.

8º.- Así las cosas, el 31 de julio de 2013, D. Augusto , D.ª Patricia , D. Bienvenido , D.ª Rebeca , D. Cecilio , D. Celso y D.ª Salvadora interpusieron demanda de reclamación de cantidad contra la entidad aseguradora.

En la relación fáctica de la demanda se señalaba que D.ª Noemi , de 71 años, esposa y madre de los demandantes, falleció el 11 de diciembre de 2011, víctima de la desatención sufrida por parte de los servicios de urgencias del Hospital Germans Trias i Pujol de Badalona, a los que requirió asistencia entre los días 4 y 10 de diciembre de 2011. La Sra. Noemi había padecido, con anterioridad, un linfoma no Hodgking gástrico



diagnosticado en el año 1994, dolor abdominal, diarrea y GEA- gastroenteritis aguda en 2008, hepatitis aguda por VHB, dilatación del colédoco en 2011, neumonía y shock séptico en el año 2011.

La enferma acudió, el día 4 de diciembre de 2011, de madrugada, al servicio de urgencias del precitado centro hospitalario por presentar dolor abdominal. Se le efectuó una exploración física, se le realizó una radiografía que mostró abundante aire y gran cantidad de heces en el marco cólico, y se practicó un enema que resultó poco productivo; sin otro tratamiento que un analgésico se le remitió al domicilio.

El día 6 de diciembre, la Sra. Noemi volvió a personarse en el servicio de urgencias, toda vez que el dolor no había cesado. Se volvió a practicar exploración física y se efectuó nuevamente una radiografía en la que se apreciaba abundante aire y heces en marco cólico. Se le administró un enema que no resultó efectivo y mórficos (pese a que coadyuvan al estreñimiento), quedando la Sra. Noemi en el servicio de urgencias durante toda la noche en observación.

El día 7 de diciembre se volvieron a realizar radiografías; pese al empeoramiento de la paciente no fue hasta las 14 horas del día 9 de diciembre, en el que se decidió practicar TAC abdominal con contraste.

El 10 diciembre se practicaron nuevos enemas, que fueron totalmente inefectivos, por lo que se decidió dejar a la paciente en observación a la espera de que realizara deposiciones.

Ante las protestas de la familia, se decidió practicar una laparotomía exploradora urgente para valoración e ingreso en planta. Todas las analíticas evidenciaban un empeoramiento de su situación clínica.

La laparotomía fue practicada el 10 de diciembre de 2011, hallándose colon transversal descendente con signo de isquemia, sin necrosis y hematoma retroperitoneal. A pesar, de la práctica de laparotomía, debido a que el estado físico de la Sra. Noemi se había gravemente deteriorado, no respondió a las medidas encaminadas a resolver las complicaciones que presentó durante la intervención y el inmediato postquirúrgico, sufriendo un empeoramiento progresivo de su cuadro clínico determinante de su fallecimiento a las 17.15 horas del día 11 de diciembre de 2011, con el diagnóstico de laparotomía exploradora y shock séptico.

En su demanda argumentan los actores que existía una evidente relación causa-efecto entre la desatención de la que fue víctima la Sra. Noemi, por parte de los servicios de Urgencias del Hospital Germans Trias i Pujol, entre los días 4 y 10 de diciembre de 2011, y su fallecimiento el día 11 de diciembre siguiente. La paciente fue examinada por 7 equipos médicos que, a pesar de la gravedad de su cuadro clínico y antecedentes médicos, se limitaron a aplicar tratamientos sintomáticos que se manifestaron totalmente ineficaces.

Se omitió realizar una colonoscopia que hubiera sido indispensable para un adecuado diagnóstico y para el ulterior tratamiento, y se demoró de manera incomprensible hasta el día 10 de diciembre la práctica de la laparotomía.

Los demandantes reclamaron una indemnización, en concepto de responsabilidad civil, por la desatención de la que fue víctima la Sra. Noemi, en aplicación del baremo de circulación viaria del año 2011, de 149.663,92 euros (86.634,87 euros para su viudo, D. Augusto, y 9.070,54 euros para cada uno de los hijos), más un 10% de factor de corrección, todo ello con los intereses legales del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro, y con expresa imposición de costas a la parte demandada.

9º.- El conocimiento de la demanda correspondió al Juzgado de Primera Instancia número 26 de Barcelona, que la tramitó por los cauces del juicio ordinario 925/2014, acordando el emplazamiento de la compañía de seguros Zurich, contra la cual se dirigió la acción directa del art. 76 de la Ley de Contrato de Seguro (en adelante LCS).

10º.- Zurich planteó declinatoria de jurisdicción. El Institut Català de Salut compareció en el procedimiento en virtud de lo dispuesto en el art. 13 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC).

11º.- El 4 de diciembre de 2013, el juzgado dictó auto por el que estimó la declinatoria, declarando su falta de jurisdicción, por considerar que, al haber comparecido el Institut Català de la Salut en el procedimiento como interviniente voluntario (art. 13 de la LEC), debía estarse a lo dispuesto en el art. 9.4 de la LOPJ, y, por ello, declarar competente a la jurisdicción contencioso-administrativa.

Dicha resolución fue recurrida en apelación por la parte demandante.

12º.- El 26 de mayo de 2014, se dictó resolución administrativa desestimatoria de la responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria por el fallecimiento de D.^a Noemi, al considerar que la atención prestada se encuadraba dentro de la norma-praxis asistencial, siendo los procesos diagnósticos, terapéuticos y de seguimiento los adecuados.



En la precitada resolución consta que se habían incorporado en el expediente administrativo todas las historias clínicas de la Sra. Noemi, que el Institut Català d'Avaluacions Mèdiques había emitido informe el 2 de diciembre de 2013, así como que se dio trámite de vista y audiencia a la parte actora, también que la Comissió Jurídica Assessora emitió el preceptivo dictamen, que no se transcribe.

En este dictamen, dicha comisión, tras declarar que la iniciación de oficio es una vía en la práctica bastante excepcional, y toda vez que la familia informó que continuarían con la acción directa ejercitada contra la aseguradora y que no comparecerían en el procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado, concluye, traducido del catalán, que:

"En el caso objeto de examen, a la vista de la declaración inicial y de la actuación posterior de los particulares presuntamente perjudicados -que todo indica que podía haber justificado que, desde el principio, el órgano instructor hubiera declarado concluso el procedimiento- y con arreglo a la previsión contenida en el artículo 11.3 antes mencionado, procede declarar el archivo del procedimiento de responsabilidad patrimonial incoado, con carácter definitivo, al haber transcurrido, con creces, el plazo legal de prescripción de la acción de reclamación, sin efectuar pronunciamiento alguno sobre los aspectos de fondo".

Por lo que dictamina la procedencia de decretar el archivo definitivo del procedimiento a raíz de la asistencia sanitaria prestada a la Sra. Noemi .

13º.- El 3 de junio de 2014, se envió notificación a la parte actora de la resolución del expediente de responsabilidad patrimonial denegatoria de la misma, con indicación de que contra dicha decisión podía interponer recurso contencioso- administrativo y potestativamente de reposición.

14º.- El 3 de septiembre de 2014, la parte actora (que como ya se ha dicho no había comparecido en el procedimiento administrativo, optando por no presentar alegaciones, ni proponer prueba, ni intervenir en el trámite de audiencia) interpuso recurso contencioso-administrativo ad cautelam contra la resolución que declaraba la ausencia de responsabilidad de la administración, al tiempo que interesó la suspensión del procedimiento en tanto en cuanto no se pronunciase la Audiencia Provincial de Barcelona sobre el recurso interpuesto contra el auto del juzgado de primera instancia que había acordado la falta de jurisdicción civil para conocer de la demanda interpuesta contra la aseguradora de la Administración autonómica, petición de suspensión que fue denegada por providencia de 11 de noviembre de 2014 contra la que se interpuso recurso de reposición, que fue desestimado por auto de 7 de enero de 2015 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 9 de Barcelona.

15º.- El 25 de noviembre de 2014, la Audiencia Provincial declaró la competencia de la jurisdicción civil para conocer del procedimiento iniciado por la parte actora, por haberse ejercitado la acción exclusivamente contra la aseguradora (art. 9.4 LOPJ).

16º.- El 6 de febrero de 2015, la compañía Zurich contestó a la demanda. Alegó, como primer motivo de oposición, la excepción de presunción de legalidad de los actos administrativos. Expuso que, tras iniciarse un procedimiento de responsabilidad patrimonial de oficio, recayó resolución en fecha 26 de mayo de 2014, indicando la inexistencia de responsabilidad por parte del Institut Català de la Salut (en adelante ICS). Dicha resolución fue debidamente notificada a los demandantes en fecha 5 de junio de 2014. Existe, por consiguiente, una resolución administrativa que de forma expresa determina la inexistencia de responsabilidad por parte del ICS, acto administrativo que despliega todos sus efectos mientras no sea anulado en el orden contencioso-administrativo.

En cualquier caso, sostiene Zurich, que la prestación sanitaria del ICS fue adecuada, sin que concurriera mala praxis o falta de *lex artis*. En todo momento, se efectuó un adecuado control y seguimiento con buena evolución de la paciente, o, en su caso, la aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidad con reducción de la indemnización correspondiente.

Interesó, por ello, la desestimación de la demanda con expresa condena en costas a la parte actora; subsidiariamente alegó pluspetición en la reclamación formulada de adverso, indicando que, en ningún caso, cabe imponer los intereses del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro.

17º.- El Institut Català de la Salut, en su condición de tercero coadyuvante, se adhirió a la contestación formulada por Zurich.

18º.- El 10 de marzo de 2015, se dictó auto por el Juzgado Contencioso administrativo número 9 de Barcelona por el que se declaró caducado el recurso contencioso-administrativo anunciado por la parte actora contra la resolución que declaraba la falta de responsabilidad del Institut Català de la Salut.

19º.- Seguido el procedimiento, por todos sus trámites, se dictó sentencia, por parte del juzgado de primera instancia, desestimatoria de la demanda, al considerar vinculante la decisión tomada en el procedimiento de

responsabilidad patrimonial, no impugnado, lo que conforma un acto administrativo que goza de presunción de legalidad.

20º.- Interpuesto recurso de apelación por los demandantes, su conocimiento correspondió a la sección 17 de la Audiencia Provincial de Barcelona que, tras declarar el carácter no vinculante de la decisión administrativa y la posibilidad de conocer la demanda por la jurisdicción civil, dictó un pronunciamiento revocatorio de la sentencia dictada por el juzgado y, con estimación parcial de la demanda, condenó a la compañía de seguros Zurich a abonar a los demandantes la suma de 136.058,11 euros, con los intereses del art. 20 de la LCS, desde la fecha del siniestro, así como con imposición de las costas de primera instancia, sin hacer especial pronunciamiento con respecto a las devengadas en el recurso.

En dicha sentencia, entre otros argumentos, se razonó:

"Conforme recoge el perito, D. Ernesto (sic), transcribiendo lo indicado por los diferentes doctores que componen el Servicio de Aparato Digestivo Sección Endoscopia Digestiva, del Hospital General Universitario Gregorio Marañón de Madrid (Revista Española de Enfermedades Digestivas, 2010, folio 271):

"La colonoscopia constituye la prueba de elección para confirmar el diagnóstico (de la colitis isquémica CI) y ha sustituido al enema opaco debido a su mayor sensibilidad y a la posibilidad de tomar biopsias. Este aspecto es importante ya que la inspección de la mucosa no siempre permite al clínico establecer un diagnóstico definitivo y únicamente el examen histológico permite diferenciar la CI de otras colitis de naturaleza infecciosa o inflamatoria (...) La endoscopia debe realizarse sin preparación y con baja insuflación, para no agravar la hipoxia tisular y está contraindicada en casos de peritonitis. (...) la colonoscopia debería realizarse tan pronto como sea posible y preferiblemente dentro de los tres primeros días desde el comienzo de los síntomas (...)"

"[...] Los tres peritos coinciden en que la prueba diagnóstica, recomendada en todas las guías y protocolos de atención clínica, en este tipo de procesos es la colonoscopia. Como hemos visto, en los estudios se recomienda realizarla tan pronto como sea posible y preferiblemente dentro de los tres primeros días desde el comienzo de los síntomas, porque sus signos se ven con mayor frecuencia en los 2-3 primeros días desde el comienzo de la isquemia, ya que cuando se realiza una semana después, los hallazgos únicamente reflejan la evolución natural de la enfermedad (Soporte Médico-Científico, pág. 25-26 del informe del Dr. Ernesto). Pero la colonoscopia no se practicó, lo que no permitió poner en práctica a tiempo los criterios recomendados cuando se advierte en ella la presencia de signos endoscópicos de necrosis transmural, como es una cirugía urgente. No hubo diagnóstico porque tampoco se pusieron los medios adecuados para obtenerlo. Y cuando se tomó la decisión de practicar la intervención quirúrgica, era demasiado tarde.

"En consecuencia, no podemos coincidir con la conclusión alcanzada por el "Informe valoratiu de l'assistència mèdica prestada a la Sra. Noemi ", realizado en diciembre de 2013, por el Institut Català d'Avaluacions Mèdiques i Sanitàries porque sin poner en duda que "La pacient va se atesa en un centre mèdic acreditat, per personal especialista qualificat i amb els mitjans tècnics i materials precisos per a una correcta assistència", la atención prestada a la paciente no puede encuadrarse dentro de una correcta praxis asistencial, porque los procesos diagnósticos y de seguimiento no fueron los adecuados, al no utilizar todos los medios disponibles y recomendados por las guías y protocolos médicos".

La precitada sentencia contiene un voto particular en el que se considera procedente la confirmación de la sentencia dictada por el juzgado, al entender el carácter vinculante de la decisión administrativa adoptada en el expediente de responsabilidad patrimonial.

21º.- Contra dicha sentencia se interpusieron por el Institut Català de la Salut y la compañía Zurich recursos extraordinarios por infracción procesal y casación.

SEGUNDO.- *Los motivos de los recursos extraordinarios por infracción procesal*

El recurso por infracción procesal interpuesto por el Institut Català de la Salut, se fundamenta de la manera siguiente:

"[...] al amparo del Artículo 469.1.2ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción del artículo 319 LEC, por infracción de la consolidada doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo contenida por todas en su recientísima sentencia de 5 de junio de 2019 (sentencia 321/2019), y entre otros también, en las sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 1992, 26 de febrero 1998, 17 de marzo de 2004, 06 de mayo de 2013 y 1 de octubre de 2014, entre otras muchas, que en aplicación de dichos artículos sostiene que en el orden jurisdiccional civil se ha de partir de la presunción de legalidad de los actos administrativos, mientras o sean anulados por el orden jurisdiccional Contencioso- Administrativo. [...]"

El formulado por la compañía Zurich se construye bajo la forma siguiente:

"Primero, al amparo del Artículo 469.1, 2ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción del artículo 319 LEC, por infracción de la consolidada doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo contenida en las sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 1992, 26 de febrero de 1998, 17 de marzo de 2004, 06 de mayo de 2013 y 1 de octubre de 2014, entre otras muchas, que en aplicación de dichos artículos sostiene que en el orden jurisdiccional civil se ha de partir de la presunción de legalidad de los actos administrativos, mientras no sean anulados por el orden jurisdiccional Contencioso-Administrativo".

Segundo, al amparo del art. 469.1.2.º de la LEC, por vulneración del artículo 218 de la LEC, al concurrir un supuesto de incongruencia omisiva, dado que el tribunal provincial no se pronunció sobre la alegación de Zurich relativa a la aplicación de la doctrina y jurisprudencia sobre la pérdida de oportunidad derivada de la asistencia médica para reducir la indemnización de daños y perjuicios sufridos; pese a solicitarse la subsanación de la omisión mediante escrito de aclaración y complemento de la sentencia, la audiencia la denegó.

Recurso extraordinario por infracción procesal

TERCERO.- Examen de los motivos de los recursos de infracción procesal interpuestos

3.1 Examen del primero de los motivos de infracción procesal

El primero de los motivos de infracción procesal es común a ambas partes recurrentes, por lo que será objeto de examen conjunto.

La viabilidad de un recurso de tal clase exige la vulneración de normas que regulan el proceso; es decir, de naturaleza adjetiva o procesal.

Las partes recurrentes consideran que concurre la causa del art. 469.1 2º LEC, que consiste en la "infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia"; es decir, las previstas en los arts. 207 y siguientes de la LEC, que no guardan conexión alguna con la infracción alegada del art. 319.2 LEC, que se refiere a la fuerza probatoria de los documentos administrativos que, en este caso, no vulnera ni cuestiona la sentencia recurrida cuando sostiene que el conocimiento de la demanda compete a la jurisdicción civil, al ejercitarse una acción directa del art. 76 de la Ley de Contrato de Seguro contra una compañía anónima mercantil, sin que los actores hubieran acudido a la vía administrativa. En momento alguno, se niega que la resolución administrativa se hubiese dictado y el contenido de la misma, sus efectos, en el presente proceso, nada tienen que ver con la infracción del precitado art. 319 LEC.

Como señalamos en la sentencia 544/2012, de 25 de septiembre:

"En cuanto a la valoración de la prueba, la jurisprudencia de esta Sala ha sido muy reiterada, en sentencias de 4 de febrero de 2011, 9 de mayo de 2011, 2 de junio de 2011, 1 de julio de 2011 en este sentido:

""Los errores en la valoración de la prueba no pueden ser canalizados por la vía del artículo 469.1.2.º LEC. Este motivo de infracción procesal está reservado al examen del cumplimiento de "las normas procesales reguladoras de la sentencia". Estas normas comprenden el procedimiento para dictarla, la forma y el contenido de la sentencia y los requisitos internos de ella, pero no con carácter general las reglas y principios que deben observarse en la valoración de los distintos medios de prueba, las cuales constituyen premisas de carácter epistemológico o jurídico-institucional a las que debe ajustarse la operación lógica de enjuiciamiento necesaria para la resolución del asunto planteado. La valoración probatoria solo puede excepcionalmente tener acceso al recurso extraordinario por infracción procesal por la existencia de un error patente o arbitrariedad o por la infracción de una norma tasada de valoración de prueba que haya sido vulnerada, al amparo del artículo 469. 1. 4.º LEC en cuanto, al ser manifiestamente arbitraria o ilógica, no supera conforme a la doctrina constitucional el test de la razonabilidad constitucionalmente exigible para respetar el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en artículo 24 CE (SSTS 28 de noviembre de 2008; 30 de junio y 6 de noviembre de 2009 ; 26 de febrero 2011, entre otras)"".

3.2 Corresponde a la jurisdicción civil el ejercicio exclusivo de la acción directa contra la aseguradora de la Administración, incluso en los supuestos de intervención voluntaria de ésta última en el procedimiento civil, al amparo del art. 13 de la LEC

Realmente, la audiencia aplica lo dispuesto en el art. 9.4 de la LOPJ, que sería el precepto supuestamente vulnerado. La falta de jurisdicción civil debería haberse impugnado por la vía del art. 469.1.1.º LEC, conforme al cual es causa legítima de un recurso de tal clase la "infracción de las normas sobre jurisdicción y competencia objetiva o funcional", y con base en ella defender el carácter vinculatorio de la decisión tomada en vía administrativa y su imposibilidad de ser fiscalizable por los tribunales del orden jurisdiccional civil.

En cualquier caso, la jurisdicción, como presupuesto del proceso, debe ser apreciada de oficio por parte de los tribunales como resulta del art. 9.6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante LOPJ) que señala



que: "La jurisdicción es improrrogable. Los órganos judiciales apreciarán de oficio la falta de jurisdicción y resolverán sobre la misma con audiencia de las partes y del Ministerio Fiscal", igualmente, en tales casos, el art. 37.2 de la LEC impone a los tribunales civiles la obligación de abstenerse.

Concebida la jurisdicción como la potestad exclusiva que corresponde a los órganos jurisdiccionales de juzgar y ejecutar lo juzgado (art. 117.3 de la Constitución, en adelante CE), el art. 9 de la LOPJ fija qué concreto grupo de asuntos corresponden al conocimiento de los tribunales de los distintos órdenes jurisdiccionales, y lo hace, además, bajo sanción de nulidad de pleno derecho (arts. 238.1 LOPJ y 225.1 LEC).

A tales efectos, el precitado art. 9 de la LOPJ maneja sendos criterios atributivos del conocimiento del litigio: uno objetivo, derivado de la naturaleza de la cuestión debatida en el proceso; y otro subjetivo, relativo a la persona física y jurídica contra la que se promueve la acción.

La LO 19/2003, de 23 de diciembre, inspirada en el principio de la unidad jurisdiccional a favor de los tribunales de lo contencioso-administrativo, dio una nueva redacción al art. 9.4 de la LOPJ, fijando los asuntos correspondientes a dicho orden jurisdiccional en los términos siguientes:

"Conocerán, asimismo, de las pretensiones que se deduzcan en relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas y del personal a su servicio, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que se derive. Si a la producción del daño hubieran concurrido sujetos privados, el demandante deducirá también frente a ellos su pretensión ante este orden jurisdiccional. Igualmente conocerán de las reclamaciones de responsabilidad cuando el interesado accione directamente contra la aseguradora de la Administración, junto a la Administración respectiva.

"También será competente este orden jurisdiccional si las demandas de responsabilidad patrimonial se dirigen, además, contra las personas o entidades públicas o privadas indirectamente responsables de aquéllas".

Al mismo tiempo se modificó, en su Disposición Adicional XVI, el art. 21.1 c) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, que queda con la redacción siguiente:

"1. Se considera parte demandada:

"c) Las aseguradoras de las Administraciones públicas, que siempre serán parte codemandada junto con la Administración a quien aseguren".

Con ello, se salía al paso de sendos autos dictados por la Sala de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo 33/2001, de 27 de diciembre, en asunto 41/2001, y 38/2002, de 21 de octubre, asunto 22/2002, conforme a los cuales cuando eran demandados conjuntamente la Administración y la compañía de seguros, que cubre su responsabilidad civil, en el ejercicio de la acción del art. 76 de la LCS, el conocimiento de dichas pretensiones acumuladas correspondía a la jurisdicción civil para no dividir la continencia de la causa.

Posteriormente, se reforma otra vez el art. 9 LOPJ, por sendas leyes orgánicas la 1/2010, de 19 de febrero, y la 4/2011, de 11 de marzo, esta última realmente para corregir un error producido, precisando que el inciso " apartado 4 del artículo 9 de esta Ley", se sustituye por el siguiente: " párrafo primero del apartado 4 del artículo 9 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial".

En definitiva, actualmente el mentado art. 9.4 de la LOPJ, queda redactado de la forma siguiente, en lo que ahora nos interesa:

"4. [...] Conocerán, asimismo, de las pretensiones que se deduzcan en relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas y del personal a su servicio, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que se derive. Si a la producción del daño hubieran concurrido sujetos privados, el demandante deducirá también frente a ellos su pretensión ante este orden jurisdiccional. Igualmente conocerán de las reclamaciones de responsabilidad cuando el interesado accione directamente contra la aseguradora de la Administración, junto a la Administración respectiva.

"También será competente este orden jurisdiccional si las demandas de responsabilidad patrimonial se dirigen, además, contra las personas o entidades públicas o privadas indirectamente responsables de aquéllas".

Bajo este esquema normativo, la responsabilidad por la asistencia sanitaria se dirimirá exclusivamente ante los órganos jurisdiccionales civiles cuando se trate del ejercicio privado de la medicina o cuando se preste en hospitales de tal naturaleza no comprendidos dentro del sistema público de salud. Sin embargo, cuando se demande la responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria dirigiendo solo la reclamación contra la misma o juntamente con ella contra su aseguradora, el conocimiento de la demanda compete a la jurisdicción contencioso-administrativa.



Ahora bien, quedaba abierta la cuestión de lo que sucedía en los supuestos en los cuales la demanda se dirige, de forma exclusiva, contra la aseguradora de la Administración, en el ejercicio de la acción directa del art. 76 de la LCS, al tratarse de una sociedad mercantil de derecho privado y versar el litigio sobre la efectividad de un contrato de seguro.

En estos casos, la Sala de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo, en el auto de 19 de febrero de 2014, dictado en recurso 42/2013, determinó que la jurisdicción competente es la civil, con el razonamiento siguiente:

"[...] en los autos de esta Sala especial que relacionamos en el fundamento segundo, en concreto en el de fecha 18 de octubre de 2010 (conflicto de competencia 9/2010), declaramos también que "necesariamente le ha de quedar un portillo por el que dar respuesta a aquellas situaciones en las que el perjudicado por la actividad de un servicio público asegurado decida, en uso del derecho que le reconoce el artículo 76 de la Ley del Contrato de Seguro, dirigirse directamente y solamente contra la compañía aseguradora. En esta tesitura la competencia ha de corresponder 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 (véanse los artículos 1, 31 y siguientes, 70 y 71 de la Ley 29/1998). Ante tal eventualidad no queda más opción que reconocer la competencia de los tribunales civiles [en este sentido se ha pronunciado, mediante un obiter dictum el auto de esta Sala de 18 de octubre de 2004 (conflicto 25/04, FJ 2º); es también la tesis que subyace a la sentencia de la Sala Primera, ya citada, de 30 de mayo de 2007 (FJ 3º), reproducida en la de 21 de mayo de 2008 (casación 648/01, FJ 2º), salvo que [...] se obligue al demandante a dirigirse también contra la Administración pública asegurada. (...) Pero tal camino, a juicio de esta Sala, resulta impracticable, pues implica vaciar de contenido el derecho reconocido a los perjudicados por el artículo 76 de la Ley de 1980 para actuar única y exclusivamente contra el asegurador, desenlace inadmisibles [...]".

Manifestación reciente de tal doctrina, la encontramos en la sentencia 1322/2023, de 27 de septiembre, conforme a la cual:

"Corresponde a la jurisdicción civil el conocimiento del presente proceso, toda vez que se trata de una demanda de reclamación de una indemnización por el daño sufrido por un particular en su integridad física contra una sociedad mercantil, en aplicación de la acción directa atribuida al perjudicado por una norma de naturaleza material o sustantiva de derecho privado como es el art. 76 de la LCS, sin interpelación de la administración pública, ni acto administrativo que revisar. De esta manera, se pronunció, recientemente, la Sala Especial de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo, en su auto 2/2022, de 2 marzo, así como la sentencia del Pleno de esta Sala 1.ª 321/2019, de 5 de junio, entre otras".

Por consiguiente, dado el marco normativo expuesto, no ofrece duda que el conocimiento de la acción directa ejercitada por la demandante corresponde al orden jurisdiccional civil. Atribución competencial que fue cuestionada en primera instancia por la compañía de seguros, al formular la correspondiente declinatoria de jurisdicción al amparo del art. 63 LEC, que fue resuelta por la Audiencia Provincial de Barcelona en el sentido de que la decisión del litigio correspondía a los tribunales de lo civil, criterio resolutorio que compartimos.

No es óbice, para ello, la circunstancia de que el Institut Català de Salut se hubiera personado en el procedimiento por la vía del artículo 13 de la LEC -intervención voluntaria- como ya tuvo ocasión de pronunciarse al respecto la Sala de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo en el auto 4/2013, de 12 de marzo, en el que se señaló:

"Esta intervención, voluntaria y adhesiva, como parte subordinada, sin ejercitar pretensión autónoma y, por consiguiente, sin más interés que el fracaso de la demanda dirigida exclusivamente contra la compañía aseguradora, no altera la naturaleza de la acción ejercitada al amparo del artículo 76 de la Ley del Contrato de Seguro ni por consiguiente el régimen de competencia (auto 21/2010).

"Como indica el Ministerio Fiscal en su informe "Los inconvenientes de orden práctico que puedan derivarse de la pervivencia de la duplicidad jurisdiccional en este concreto punto no pueden 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 1ª del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 2007. Y es 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 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".



Por otra parte, por su condición de tercero interviniente, la Administración no podría ser condenada al no dirigirse contra ella la demanda. Una cosa es cuidar del proceso y otra ser parte litigante. Además, en virtud del principio de la *perpetuatio iurisdictionis*, que proclama el artículo 411 de la LEC, el conocimiento de la pretensión deducida en juicio no se vería alterado, correspondiendo siempre a la jurisdicción civil.

En el mismo sentido, la sentencia de esta sala 616/2013, de 15 de octubre, con la particularidad de que en dicho recurso la demandada e interviniente voluntaria eran las mismas personas jurídicas privada y pública de este proceso, en dicha resolución se proclamó:

"Las reflexiones que preceden y la conclusión a la que conducen no quedan contradichas por la circunstancia de que el Instituto Catalán de la Salud compareciera ante el Juzgado de Primera Instancia mostrándose parte en el procedimiento instado inicialmente contra Zurich. Esta intervención, que solo le permite adquirir la condición de parte demandada si el demandante decide dirigir la demanda frente al mismo (STS 20 de noviembre de 2011), y que no tiene más interés que el fracaso de la demanda dirigida exclusivamente contra la compañía aseguradora, no altera la naturaleza de la acción ejercitada al amparo del artículo 76 de la Ley del Contrato de Seguro ni por consiguiente el régimen de competencia (auto 21/2010)".

Por lo tanto, si el perjudicado se dirige única y exclusivamente contra la compañía aseguradora no cabe acudir a los tribunales de lo contencioso-administrativo, cuando no existe actuación u omisión administrativa previa que revisar, ni Administración demandada que condenar (sentencias 616/2013, de 15 de octubre; 321/2019, de 5 de junio, ésta última del Pleno, y 119/2022, de 5 de febrero, entre otras).

3.3 Alternativas que corresponden al perjudicado en reclamación de los daños sufridos por la asistencia médica dispensada por la sanidad pública

En definitiva, en el esquema legal anteriormente expuesto, al perjudicado, por una mala praxis asistencial sanitaria, cuenta con las alternativas siguientes a las que nos referimos en las sentencias del pleno de la sala 473/2020, de 17 de septiembre y en la 501/2020, de 5 de octubre, según las cuales:

"En este caso, a los perjudicados y, por lo tanto, al recurrente, se les abrían las opciones siguientes.

"A) En primer lugar, formular reclamación administrativa previa ante la propia Administración para obtener el resarcimiento del daño, en cuyo caso finalizado el expediente administrativo, con reconocimiento de responsabilidad y fijación de la indemnización correspondiente, se producen las consecuencias jurídicas siguientes, a las que se refiere la STS 321/2019, de 5 de febrero:

""(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".

"Esta doctrina es ulteriormente ratificada en la sentencia 579/2019, de 5 de noviembre.

"B) Los perjudicados, en el caso de que hubieran optado por la vía administrativa, si formulada la preceptiva reclamación previa fuera desestimada, expresamente o por silencio administrativo, o cuando considerasen insuficiente la cantidad ofertada en concepto de indemnización por los daños y perjuicios sufridos, podrían cuestionar tal resolución ante la jurisdicción contencioso-administrativa de las formas siguientes:

"a) Bien, mediante el ejercicio de una acción de condena exclusivamente dirigida contra la Administración, siendo la jurisdicción contencioso-administrativa a la que le compete el conocimiento de las reclamaciones sobre responsabilidad patrimonial dirigidas contra la Administración, según resulta de lo normado en el art. 2 e) Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de dicha jurisdicción (en adelante LJCA).

"b) Bien, demandando por dicha vía, conjuntamente con la administración a su aseguradora, como expresamente posibilita el art. 9.4 II de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante LOPJ), en consonancia con lo cual norma el art. 21 c) de la LJCA, que se consideran legitimadas pasivamente a "las aseguradoras de las Administraciones públicas, que siempre serán parte codemandada junto con la Administración a quien aseguren".

"C) Por último, se les abría una tercera posibilidad, como era la de prescindir de la vía administrativa y demandar exclusivamente a la compañía de seguros, en su condición de sociedad mercantil, ante la jurisdicción civil, ejercitando contra ésta la correspondiente acción directa del art. 76 de la LCS (autos de la Sala de Conflictos, 3/2010, 4/2010, 5/2010 de 22 de marzo y sentencias 574/2007, de 30 de mayo, 62/2011, de 11 de febrero y 321/2019, de 5 de febrero).



"La condena de la aseguradora dependerá de la existencia de responsabilidad patrimonial de la administración asegurada, que deberá acreditarse, en el proceso civil, bajo los parámetros propios del derecho administrativo, lo que no es cuestión extravagante sino expresamente prevista en el art. 42 de la LEC, que regula las cuestiones prejudiciales no penales que se susciten en el proceso civil".

En definitiva, si se acude por el perjudicado a la vía administrativa no puede pretender ulteriormente que, por los tribunales del orden jurisdiccional civil, se proceda a revisar el acto administrativo dictado, pues ello corresponde exclusivamente a la jurisdicción contencioso-administrativa.

Como no podía ser de otra forma, de esta manera lo proclamamos en la sentencia 119/2022, de 15 de febrero, en la que establecimos:

"En definitiva, como señalamos en la sentencia 358/2021, de 25 de mayo:

"[...] la sentencia recurrida se opone a la doctrina jurisprudencial de esta sala fijada a partir de su sentencia de pleno 321/2019 y reiterada en las sentencias 579/2019, de 5 de noviembre, 473/2020, de 17 de septiembre, de pleno, y 501/2020, de 5 de octubre, sobre la vinculación de la jurisdicción civil a lo resuelto por la Administración en el expediente de responsabilidad patrimonial, o en su caso a lo resuelto por la jurisdicción contencioso-administrativa si se impugna el acto administrativo.

"[...] En este sentido, se recuerda que la acción directa del art. 76 LCS se funda en los principios de autonomía de la acción, solidaridad de obligados y dependencia estructural respecto de la responsabilidad del asegurado, y que esto comporta que, aunque la acción directa goce de autonomía procesal (al ser posible demandar exclusivamente a la aseguradora ante la jurisdicción civil sin que previamente se sustancie una reclamación en vía administrativa), la aseguradora no pueda quedar obligada más allá de la obligación del asegurado, pues la jurisdicción contencioso-administrativa es la única competente para condenar a la Administración mientras que la jurisdicción civil sólo conoce de su responsabilidad y consecuencias a efectos prejudiciales en el proceso civil.

"Esta jurisprudencia, con arreglo a lo cual esta sala ha desestimado la acción directa contra la aseguradora de la Administración cuando se ha utilizado por el perjudicado para conseguir de la aseguradora en vía civil una indemnización superior a la indemnización reconocida en vía administrativa o contencioso-administrativa, es también aplicable a un caso como el presente en el que la perjudicada, pudiendo demandar directamente a la aseguradora en vía civil, optó por acudir al expediente administrativo de responsabilidad patrimonial para exigir la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria y la consiguiente indemnización del daño sufrido, y consintió que adquiriera firmeza la resolución administrativa desestimatoria de su reclamación, dado que igual 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" (sentencia 321/2019, citada por la 579/2019), también lo sería utilizar la acción directa contra el asegurador para conseguir que la jurisdicción civil declarase la responsabilidad de la Administración sanitaria asegurada -por ser presupuesto para que responda la aseguradora- tras haber devenido firme el acto administrativo que negó la existencia de dicha responsabilidad".

"Por todo el conjunto argumental expuesto, el recurso de casación no puede ser estimado, cuando existe una sentencia del orden jurisdiccional contencioso administrativo, que proclama mediante pronunciamiento firme, en proceso seguido contra la compañía como codemandada, que no existe responsabilidad patrimonial de la administración asegurada, la cual no puede renacer mediante la promoción de una acción ante la jurisdicción civil sobre los mismos hechos ...".

3.4 Examen de las particularidades del presente proceso que justifican que el conocimiento de la demanda corresponda al orden jurisdiccional civil

Ahora bien, el proceso que nos ocupa tiene unas connotaciones específicas que lo hacen peculiar sobre las que no existe jurisprudencia de esta sala.

En efecto, en el caso que nos ocupa, resulta que la administración sanitaria, una vez que tuvo constancia, por medio de su aseguradora, de que los perjudicados estaban en trance de presentar demanda exclusivamente contra dicha compañía en el ejercicio de la acción directa del art. 76 de la LCS, incoó un expediente de responsabilidad patrimonial de oficio al amparo de los arts. 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, actualmente derogada por Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, pero vigente al desarrollarse los presentes hechos y, por lo tanto, norma que debe ser aplicada para resolver los recursos interpuestos.

Pues bien, el art. 139 de aquella disposición general señala:



"1. Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.

"2. En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas".

Y, por su parte, el art. 142.1 norma que:

"1. Los procedimientos de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas se iniciarán de oficio o por reclamación de los interesados".

El Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones públicas en materia de responsabilidad patrimonial, dispone también en su artículo 4.1, que:

"El procedimiento de responsabilidad patrimonial se iniciará de oficio o por reclamación de los interesados".

El art. 5.2 del referido reglamento establece que:

"La iniciación de oficio del procedimiento se efectuará siempre por acuerdo del órgano competente, adoptado bien por propia iniciativa, bien como consecuencia de orden superior, petición razonada de otros órganos o por denuncia".

Pues bien, en el caso presente, constan las connotaciones siguientes que determinan la corrección de la sentencia dictada por la audiencia provincial cuando se considera competente para el conocimiento de la acción deducida en virtud del siguiente conjunto argumental:

(i) En primer lugar, los actores optaron, desde el primer momento, por presentar su demanda por la vía civil, así se lo comunicaron a la compañía de seguros, con autorización expresa para consultar el historial clínico de la paciente fallecida. En momento alguno, expresaron su interés por acudir a la vía administrativa.

(ii) Es la propia Administración la que incoa un procedimiento administrativo de oficio para determinar su propia responsabilidad patrimonial. En dicho procedimiento se le ofreció a los demandantes la posibilidad de intervenir, lo que rechazaron expresamente al tiempo que interpusieron demanda ante los tribunales de lo civil en el ejercicio de la anunciada acción directa contra Zurich S.A., que es admitida a trámite. En el juicio civil, la aseguradora además interpuso una declinatoria de jurisdicción a la postre desestimada.

(iii) El art. 11.3 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones públicas en materia de responsabilidad patrimonial, dispone:

"En los procedimientos iniciados de oficio, cuando el interesado no se persone en trámite alguno del procedimiento, y no lo hiciese en el de audiencia, el instructor propondrá que se dicte resolución declarando el archivo provisional de las actuaciones, sin entrar en el fondo del asunto. Tal archivo se convertirá en definitivo cuando haya transcurrido el plazo de prescripción de la reclamación, salvo que el interesado se persone en el procedimiento dentro de dicho plazo".

Pues bien, en el preceptivo dictamen de la comisión jurídica asesora, emitido en el expediente de responsabilidad patrimonial, amén de destacare el carácter excepcional de su apertura de oficio, se señaló que procedía el archivo del expediente en aplicación del mentado precepto; pese a lo cual la Administración continuó con su tramitación para pronunciarse en el sentido de que no existía, por su parte, responsabilidad patrimonial mediante resolución de 26 de mayo de 2014, cuya notificación se envió a la parte demandante el 3 de junio siguiente.

(iv) En esa fecha, ya se había admitido a trámite la demanda por el Juzgado de Primera Instancia número 26 de Barcelona, mediante decreto de 1 de octubre de 2013, y, por lo tanto, se produjeron los efectos de la litispendencia desde la presentación de aquélla como reza el art. 410 de la LEC.

Se desencadenaron, por lo tanto, los efectos de la perpetuación de la jurisdicción a los que se refiere el art. 411 de dicha disposición general.

En ese momento, no estaba resuelto todavía el expediente de responsabilidad patrimonial, por lo que no existía pronunciamiento alguno de la administración, ni acto administrativo susceptible de ser impugnado.

(v) El principio de la perpetuación de la jurisdicción, bajo el aforismo *pendente lite, nihil innovetur* (pendiente el proceso, ninguna innovación), determina que la situación a valorar es el existente al tiempo de interponer la demanda, una vez que ésta es admitida a trámite; pues bien, en ese momento, no existía pronunciamiento administrativo alguno. Es más, tampoco la administración debió de oficio pronunciarse sobre



su responsabilidad patrimonial, sino archivar provisionalmente el procedimiento administrativo como procedía según lo normado en el art. 11.3 del precitado reglamento y dictamen de la comisión jurídica asesora.

(vi) Como es sabido, la perpetuación de la jurisdicción implica que el tribunal al que corresponda el conocimiento del litigio, al tiempo de la interposición de la demanda admitida a trámite, deberá continuar como órgano competente durante toda la sustanciación del proceso, con independencia de las variaciones que ulteriormente pudieran haberse producido.

Y no ofrece duda que los tribunales civiles son a quienes corresponden conocer de la acción directa dirigida, exclusivamente, contra la aseguradora de la administración, por todo el conjunto argumental antes expuesto, que eran además los jueces naturales predeterminados por la ley (art. 24.2 CE).

(vii) En momento alguno, los demandantes acudieron a la vía administrativa de manera que quedarán sujetos a la misma por actos propios.

Es cierto que impugnaron ante la jurisdicción contencioso-administrativa la resolución administrativa dictada, pero lo hicieron *ad cautelam*, instando la suspensión del procedimiento hasta que resolviera la audiencia provincial la declinatoria interpuesta por la compañía de seguros, con la única finalidad de preservar su derecho; pero, una vez fijada la competencia de los tribunales civiles, dejaron caducar el recurso contencioso, vía a la que nunca quisieron acudir.

De tal conducta no cabe deducir sometimiento a la vía administrativa mediante inequívocos actos de significación jurídica que vinculen a los demandantes, dado que éstos no existen.

(viii) La administración no sufrió indefensión alguna, amén de los vínculos de solidaridad existentes con la aseguradora. Buena muestra de ello, la constituye su personamiento en el procedimiento como interviniente voluntaria con todos los efectos del art. 13 de la LEC, y entre ellos el recurrir la sentencia dictada por la audiencia, como así hizo, y sin perjuicio de que los tribunales civiles diriman su responsabilidad patrimonial con sujeción a la legislación administrativa a la que está sujeto el ICS, al hallarnos ante una cuestión prejudicial no devolutiva de naturaleza contencioso administrativa, cuyo conocimiento corresponde a los juzgados y tribunales del orden civil en aplicación de los arts. 10.1 LOPJ y 42.1 LEC.

(ix) Como señalamos en la sentencia 1322/2023, de 27 de septiembre, en un caso del ejercicio la acción directa del art 76 LCS, que la aseguradora no puede:

"[...] ampararse en el argumento de que no está obligada a hacer honor a su compromiso indemnizatorio, si no acude la víctima a la vía administrativa, formulando la correspondiente reclamación patrimonial frente a la administración presuntamente responsable, y esperar a que aquella sea reconocida en el correspondiente expediente administrativo, pues el perjudicado no está obligado a ello, y goza del derecho de dirigir la acción de resarcimiento en vía civil únicamente contra la aseguradora de la administración".

En conclusión, bajo las connotaciones indicadas, es correcto que los tribunales civiles se pronunciaran sobre la demanda formulada, todo ello sin quedar vinculados por las actuaciones administrativas llevadas a efecto encaminadas a evitar la intervención de los tribunales civiles en el ejercicio de una acción propia de su jurisdicción y con respecto a la cual no pueden abstenerse de conocer.

3.5 Sobre la incongruencia omisiva

Se señala que la sentencia incurrió en incongruencia omisiva, al no responder sobre la aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidad, lo que denunció mediante la presentación de escrito de complemento de la sentencia dictada por el tribunal provincial.

La precitada petición fue desestimada por auto de la audiencia de 21 de febrero de 2019, que contiene el sucinto argumento de que "se hace evidente que no puede hallar amparo la pretensión porque lo pretendido es un cambio de sentencia que mucho más allá de una aclaración o subsanación".

La parte demandada no estaba obligada a recurrir la sentencia de primera instancia dado que se había desestimado la demanda, por lo que la resolución dictada no le producía el gravamen necesario para recurrirla (art. 448.1 LEC), y, al haber apelado los demandantes, en el escrito de oposición, alegó la aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidad.

Ahora bien, no podemos apreciar la existencia de incongruencia, puesto que en los autos no constan elementos de juicio para que el tribunal provincial hubiera podido construir su sentencia sobre la base de un alegato de tal clase que, por otra parte, no fue incluido como específico motivo de recurso de casación.

En el recurso por infracción procesal se sostiene que si no hay certeza en que un tratamiento hubiere evitado el daño estamos ante una pérdida de oportunidad, y, por ello, procede la aplicación de un porcentaje de reducción



sobre la indemnización establecida que, atendiendo a lo expuesto por el Dr. Jaime y el Dr. Jeronimo, implica una indemnización total de 68.029,06 euros.

No obstante, la alegada pérdida de oportunidad no resulta del informe del Dr. Jaime que indica, por el contrario, que la colitis isquémica es una patología grave que habitualmente se resuelve con tratamiento conservador basado en sueroterapia, antibióticos y dieta absoluta, pero dicho tratamiento no fue instaurado dado que no se procedió al diagnóstico de tal patología hasta la práctica de la laparotomía exploratoria, llevada a efecto demasiado tarde, sin practicarse una colonoscopia en los primeros días del cuadro clínico presentado, como era lo indicado. La explicación del fallecimiento por su inmunodepresión es una hipótesis que aventura dicho perito.

El Dr. Jeronimo señala que, alrededor del 20% de los pacientes con colitis isquémica aguda, precisan cirugía, pero en este caso es que no se llegó a diagnosticar la existencia de tal patología, y cuando se practicó la laparotomía era demasiado tarde y se produjo horas después el fatal desenlace.

No se demostró cuál sería el grado de supervivencia de la demandante en el caso de que se le hubiera practicado puntualmente las pruebas diagnósticas correspondientes que detectasen su enfermedad, lo que, desde luego, no resulta de dichos informes.

En definitiva, no podemos considerar que la sentencia del tribunal provincial hubiera incurrido en incongruencia omisiva cuando resuelve la cuestión controvertida del proceso con arreglo al marco fáctico y jurídico existente y se deduce de su fundamentación la desconsideración de tal doctrina.

Por todo ello, este motivo no debe ser acogido.

Recurso de casación

CUARTO.- Examen del motivo del recurso casación común a ambas partes recurrentes

En el único motivo de casación se alega la infracción de lo dispuesto en los arts. 1137, 1144 y 1148 del CC, al no respetar la sentencia recurrida la falta de declaración de responsabilidad patrimonial por parte de la Administración sanitaria mediante resolución administrativa firme.

Se razona que la compañía de seguros no puede ser condenada, siempre que no exista responsabilidad patrimonial en la administración sanitaria, así como que tienen carácter vinculatorio los pronunciamientos dictados en vía administrativa, sin que quepa cuestionarlos por el orden jurisdiccional civil, so pena de incurrir en la vulneración de una constante doctrina jurisprudencial, y lo dispuesto en el art. 76 de la LCS, cuando establece que "el perjudicado o sus herederos tendrán acción directa contra el asegurador para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar", por lo que, si dicha obligación no existe, la compañía no puede ser condenada, la cual puede oponer, además, lo dispuesto en el art. 1148 del CC, en tanto en cuanto señala que el deudor solidario podrá utilizar contra las reclamaciones del acreedor todas las excepciones que deriven de la naturaleza de la obligación y las que le sean personales.

El art. 76 LCS solo opera cuando existe obligación de indemnizar al perjudicado por parte del asegurado al que la compañía cubre su responsabilidad civil o patrimonial, lo que, se razona, no es el caso que nos ocupa ante la inexistencia de responsabilidad patrimonial proclamada en vía administrativa.

El recurso no puede ser estimado.

En efecto, la acción directa, que corresponde al perjudicado frente a la compañía de seguros del causante del daño, se configura jurídicamente como un derecho propio del perjudicado, autónomo e independiente del que ostenta la administración asegurada contra la compañía de seguros, de manera tal que se proclama que "[...] la acción directa es inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador frente al asegurado".

Lo expuesto no significa, como es natural, que no deban concurrir los presupuestos indeclinables de que el riesgo asegurado sea objeto de una de cobertura vigente, que constituya el daño sufrido por el perjudicado, y que, además, compartiendo en este sentido los argumentos de las partes recurrentes, quien reclame sea titular de un interés lesionado por una acción jurídicamente imputable a la persona física o jurídica, pública o privada, asegurada, en este caso el ICS.

En definitiva, para obtener el resarcimiento del daño sufrido, el perjudicado cuenta con dos derechos, cada uno de ellos instrumentalizado con la correspondiente acción, de los que surgen dos obligaciones diferentes: la del asegurado, causante del daño, que nace del hecho ilícito, en este caso el ICS; y la del asegurador, proveniente también de ese mismo hecho ilícito, pero que presupone la existencia de un contrato de seguro, sometida al régimen especial del artículo 76 LCS (SSTS 200/2015, de 17 de abril, que cita la de 12 de noviembre de 2013, reproducidas en la más reciente 321/2019, de 5 de junio).



La víctima puede acumular ambas acciones y ejercitarlas conjuntamente contra el autor del daño y su compañía aseguradora, unidos por vínculos de solidaridad; o bien, ejercitarlas independientemente sólo contra el causante del daño o únicamente contra la compañía de seguros.

Es obvio, y no necesita mayores explicaciones, que la condena de la aseguradora dependerá de la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración asegurada (SSTS 579/2019, de 5 de noviembre; 473/2020, de 17 de septiembre; 501/2020, de 5 de octubre y 1322/2023, 27 de septiembre).

Ahora bien, ésta se ha determinado y declarado en el proceso civil seguido entre las partes ante los tribunales de Barcelona, por lo que la compañía debe resarcir el daño causado por la administración asegurada.

Ya hemos razonado que no vincula la decisión adoptada en vía administrativa en virtud del conjunto argumental antes expuesto, al examinar el primero de los motivos de infracción procesal, en el que determinamos que el conocimiento de la acción de resarcimiento del daño sufrido corresponde a los tribunales de lo civil, pese a los infructuosos intentos de la Administración por evitar este orden jurisdiccional, y, por consiguiente, determinada la responsabilidad del ICS, la compañía debe hacer honor al compromiso asumido y legalmente impuesto de indemnizar a los perjudicados demandantes.

Por todo ello, el recurso de casación no puede ser estimado, al no resultar infringidos los preceptos del CC que se consideran indebidamente vulnerados.

QUINTO.- Costas y depósitos

La desestimación de los recursos interpuestos conduce a la imposición de costas (art. 394 y 398 LEC), así como a la pérdida, por parte de Zurich, de los depósitos constituidos para recurrir (disposición adicional 15.ª, apartado 9, de la LOPJ).

FALLO

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

- 1.º- Se desestiman los recursos extraordinarios por infracción procesal interpuestos por la Institut Català de la Salut y la aseguradora Zurich Insurance PLC, Sucursal España, S.A., con imposición de costas.
- 2.º- Se desestima el recurso de casación interpuesto por dichas demandadas contra la sentencia 670/2018, de 19 de septiembre, dictada por la sección decimoséptima de la Audiencia Provincial de Barcelona, en el recurso de apelación n.º 1297/2016, con imposición de costas.
- 3.º.- Se decreta la pérdida de los depósitos constituidos para recurrir en infracción procesal y casación por la compañía de seguros Zurich.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de Sala.

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

Así se acuerda y firma.