

**COMENTARIO DE LA SENTENCIA
DEL TRIBUNAL SUPREMO
DE 5 DE JUNIO DE 2019 (321/2019)**

**La acción directa contra el asegurador de la
Administración no permite una petición
por cuantía superior a la fijada
en el procedimiento administrativo firme**

Comentario a cargo de:
MARIANO YZQUIERDO TOLSADA
Catedrático de Derecho civil
(Universidad Complutense de Madrid)
Consejero de Cuatrecasas

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 5 DE JUNIO DE 2019

ROJ: STS 1840/2019 - **ECLI:** ES:TS:2019:1840

ID CENDOJ: 28079119912019100017

PONENTE: EXCMA. SR. DON EDUARDO BAENA RUIZ

Asunto: Una vez se admite la responsabilidad de la Administración porque recae la correspondiente resolución administrativa que la reconoce y cuantifica, si gana firmeza porque el perjudicado no la recurre, no cabe buscar una indemnización mayor por la vía de la acción directa contra el asegurador. En términos de la aseguradora recurrente (que la sentencia hace suyos) «la parte actora hoy por hoy no podría solicitar al SERMAS ni un céntimo más del que se le ha reconocido».

Sumario: **1. Resumen de los hechos. 2. Soluciones dadas en primera instancia. 3. Soluciones dadas en apelación. 4. Los motivos de casación alegados. 5. Doctrina del Tribunal Supremo: 5.1. Efectos de la vía administrativa o contencioso-**

administrativa sobre la acción directa contra el asegurador de la Administración. 5.2 Concluido el procedimiento administrativo con resolución que ha ganado firmeza, no cabe acción directa contra el asegurador para reclamar una responsabilidad mayor. 5.3. Conclusión. **6. Bibliografía.**

1. Resumen de los hechos

La reclamación en vía administrativa contra el SERMAS (Servicio Madrileño de Salud) pretendió la declaración de negligencia médica en una operación quirúrgica de mentoplastia (cirugía del mentón) y *lipofiling* (técnica que consiste en extraer la grasa del paciente e inyectarla en otra zona a tratar para aportar mayor volumen facial). Se alegaba el deficiente examen post operatorio y la producción de severos daños cerebrales al afectado. De hecho, se le declaró una incapacidad del 100 por 100. En la correspondiente resolución, el SERMAS reconocía su responsabilidad, estableciéndose una indemnización para la víctima de 334.684,66 euros. La resolución no fue recurrida, devino firme y vino a ser satisfecha por Zurich España, S.A., la aseguradora de la Administración.

Pero poco tiempo después se interpuso acción directa en vía civil contra la aseguradora, en reclamación de 1.289.567,62 euros.

2. Soluciones dadas en primera instancia

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia n.º 67 de Madrid dictó sentencia el 29 de julio de 2015. En ella se entendió que, en efecto, se había producido una actuación negligente en el postoperatorio: al no realizarse desde la salida del quirófano del paciente ninguna exploración de la herida quirúrgica hasta que un familiar detectó un sangrado, ello dificultó aún más la intubación al constatarse un hematoma y la presencia de sangre en las vías respiratorias. Aun considerando razonable que en un primer momento se intentara utilizar la vía menos invasiva para preservar la vía aérea, todo indica que se esperó demasiado tiempo para proceder a la intubación y que en todo caso. La mala praxis se inició con anterioridad a dicha actuación y vino a generar un resultado dañoso desproporcionado como son unos daños cerebrales irreversibles. En consecuencia, se estimaba sustancialmente la demanda y se condenaba a Zurich España, S.A. a pagar 735.972,75 euros más los intereses del artículo 20 de la Ley del Contrato de Seguro, minorando la cantidad que correspondía a la condena, que era de 1.070.337,51 euros, en la suma que había sido reconocida en vía administrativa.

3. Soluciones dadas en apelación

Recurrida la sentencia en apelación por la compañía aseguradora e impugnada por la parte actora, la sentencia de la sección 12.^a de la Audiencia

Provincial de Madrid de 27 de junio de 2016 se limitó a modificar la indemnización, al aplicar los intereses de demora a la cantidad fijada en vía administrativa, y que había sido en su momento consignada por Zurich. Intereses a contar desde el siniestro hasta la consignación, se entiende. Pero en lo que aquí importa, se negaba que la resolución dictada en vía administrativa tuviera efectos de cosa juzgada, y que, por ello, no podía producir efecto alguno en la vía civil. Además, la sentencia negó la existencia de fraude procesal. Quedaba desestimado, en fin, el recurso de apelación del asegurador.

4. Los motivos de casación alegados

El actor formuló recurso de infracción procesal, que fue desestimado.

Zurich España, S.A., interpuso recurso de casación, sosteniendo, en síntesis, que si el perjudicado se avino a la decisión que se tomó en vía administrativa, ello debe vincular a la jurisdicción civil, pues lo contrario significaría revisar por vía civil una resolución administrativa que había ya ganado firmeza: «la parte actora hoy por hoy no podría solicitar al SERMAS ni un céntimo más del que se le ha reconocido». Si quedó extinguida por pago la obligación resarcitoria del SERMAS, también se extinguió la responsabilidad de su asegurador de responsabilidad civil.

5. Doctrina del Tribunal Supremo

5.1. *Sobre la jurisdicción competente para entender de la acción directa exclusivamente enablada contra el asegurador de la Administración*

Resulta muy llamativo cómo se ha legislado en esta materia. Siempre me ha dado la impresión de que el legislador, en su intento de acabar, por fin, con la dualidad de jurisdicciones que estableció la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957, tuvo que corregir sus prisas legislando después «por capas», según iban surgiendo las dudas. Pero me sigue dando la impresión de que aún falta una capa por colocar. Veamos.

El inequívoco propósito de regresar al sistema de unidad jurisdiccional a favor del orden contencioso-administrativo tuvo su arranque a finales de los años noventa del pasado siglo, cuando la *Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa* (LJCA, en adelante), dispuso que este orden jurisdiccional había de ser el encargado de conocer de las cuestiones que se susciten en relación con «*la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive, no pudiendo ser demandadas aquéllas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social*» [artículo 2.e)]. En la misma fecha se aprobó la *Ley Orgánica 6/1998, de 13 de julio*, que reformó la *Ley Orgánica del Poder Judicial*,

cuyo art. 9.4 p.º 2.º seguía atribuyendo al mismo orden jurisdiccional las pretensiones deducidas en relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, pero aclarándose con un segundo inciso que así sería también «*si a la producción del daño hubieran concurrido sujetos privados*».

El círculo se cerró cuando meses después, la *Ley 4/1999, de 13 de enero, de reforma de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común* acabó con las dudas acerca de la caracterización de las Administraciones sanitarias, al establecer la nueva Disposición Adicional 12.ª que «*[L]a responsabilidad patrimonial de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, sean estatales o autonómicas, así como de las demás entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de Salud y de los centros sanitarios concertados con ellas, por los daños y perjuicios causados por o con ocasión de la asistencia sanitaria, y las correspondientes reclamaciones, seguirán la tramitación administrativa prevista en esta Ley, correspondiendo su revisión jurisdiccional al orden contencioso-administrativo en todo caso*».

Mas no quedaban disipadas todas las dudas. La práctica diaria y los estudios doctrinales ponían en evidencia las cuestiones pendientes. Los primeros años de aplicación de estas reformas sirvieron para digerir la novedad de ver a sujetos privados como codemandados en el orden contencioso-administrativo –orden esencialmente revisor de los actos administrativos y vertebrado desde siempre a tal fin–. Tal nuevo papel les correspondía, en efecto, cuando hubieran *concurrido* a la producción del daño. Era extraño, pero tampoco tenía nada de particular ver, por ejemplo, colocados ante el juez de lo contencioso al Letrado del Ayuntamiento propietario de la piscina, al socorrista y a los padres del niño que empujó al hijo de los recurrentes, lo que provocó su ahogamiento. El legislador tomó una decisión de pura política legislativa: ha de prevalecer la jurisdicción natural del demandado por encima de la materia.

Pero ocurre que el asegurador de la Administración, contratado para cubrir las responsabilidades por los daños producidos por la misma y sus agentes, por definición «*no concurre*» a la producción del daño. ¿Qué jurisdicción era la competente para entender de la reclamación dirigida *conjuntamente* contra la Administración y el asegurador de ésta? El supuesto no quedaba cubierto en el art. 9.4 p.º 2.º LOPJ. Pero los seguros proliferaban en los años finales del siglo XX (sobre todo en los ámbitos sanitarios y educativos) y una cuestión tan importante no estaba resuelta todavía. Ello provocó una disparidad de criterio notable entre las distintas Audiencias Provinciales.

Y así fue como la Sala de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo tuvo que dictar sendos Autos en los que se consideró competente a la jurisdicción civil, sobre la siempre socorrida base de la ausencia de previsión normativa y la consiguiente *vis atractiva* (AATS de 27 diciembre 2001 y 21 octubre 2002). Sin embargo, esta solución no fue precisamente la que tomó finalmente el legislador, que prefirió no hacer caso al rumbo que marcaban los Autos de la Sala –aunque también se había contado con la solución de atribuir

el conocimiento al orden contencioso-administrativo en el ATS de 22 octubre 1999, que lo que hace es rechazar el argumento de la *vis attractiva*—.

Por ello, la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre vino a añadir este nuevo inciso al p.º 2.º del artículo 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ, en adelante): «*Igualmente conocerán de las reclamaciones de responsabilidad cuando el interesado accione directamente contra la aseguradora de la Administración, junto a la Administración respectiva*». También se añadió una precisión al artículo 2.e) LJCA, de modo que si el precepto concluía hasta entonces diciendo «no pudiendo ser demandadas aquéllas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social», pasó desde la reforma de 2003 a decir «*aun cuando en la producción del daño concurren con particulares o cuenten con un seguro de responsabilidad*».

Nuevamente, prevaleció el criterio del juez natural del demandado autor del daño. Pero aún quedaba —y queda— por resolver qué jurisdicción debe entender cuando se reclama *exclusivamente* contra el asegurador de la Administración. En cada caso habrá que considerar si es recomendable acudir a la vía contenciosa *de modo conjunto* contra la Administración y el asegurador o a la vía civil exclusivamente contra el asegurador. Pero en esta materia, la duda persiste, pues la sucesión de reformas introducidas en la LOPJ se detuvo cuando el legislador estableció la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa para las reclamaciones conjuntas efectuadas contra el asegurador y la Administración asegurada.

Desde luego, no faltará quien diga que, si no es posible establecer la responsabilidad de un asegurador de responsabilidad civil sin que previa o simultáneamente se haya establecido la responsabilidad del asegurado, resulta que la única competente para hacer esto segundo es la jurisdicción contencioso-administrativa... No sorprende la falta de criterios uniformes en las Audiencias Provinciales durante los primeros años de siglo (al respecto, Busto Lago, 2014, pp. 2063 y ss.).

A mi juicio la competencia debe corresponder al orden jurisdiccional civil. Así lo afirmaron los AATS de 18 de octubre de 2004, 28 de junio de 2004, 22 de marzo de 2010 (tres Autos) o las SSTS de 30 de mayo de 2007, 22 de marzo de 2010 y 11 de febrero de 2011, así como la sentencia objeto del presente comentario, que explica las tres posibilidades prácticas:

En primer lugar, cabe que el perjudicado ejercite exclusivamente la acción directa contra la aseguradora, obviando el procedimiento administrativo previsto legalmente para reclamar responsabilidad de la Administración. «En este supuesto (...), la competencia para conocer de la acción corresponde necesariamente a la jurisdicción civil, pues no cabe acudir a los tribunales de lo contencioso-administrativo sin actuación u omisión administrativa previa que revisar ni Administración demandada que condenar (STS de 15 de octubre de 2013)».

Pero ese conocimiento será a los solos efectos prejudiciales por lo que se refiere a la responsabilidad de la Administración, conforme a lo establecido

por el art. 42.1 LEC, de modo que si llegara a haber después un procedimiento contencioso-administrativo, habría que seguirse la vía administrativa y contencioso-administrativa. Y, eso sí, ese examen prejudicial se habrá de verificar conforme a las reglas de la responsabilidad civil (mal llamada *patrimonial*) de la Administración (arts. 139 y ss. de la Ley 30/1992, aplicable al caso dadas las fechas de los hechos, y que hoy son los arts. 32 y ss. de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público).

Por tanto, si se quiere defender la competencia de la jurisdicción civil hay que hacerlo entendiendo que estamos ante un litigio entre particulares y, sobre todo, que en realidad no es preciso que medie una *condena* de la Administración, sino que basta con un *enjuiciamiento de la conducta* eventualmente generadora de los daños cuya reparación se reclama, y a título puramente prejudicial.

En segundo lugar, cabe que el perjudicado acuda a la vía administrativa y contencioso-administrativa y que, una vez declarada la responsabilidad de la Administración y su condena, ejercite contra la aseguradora de ésta la acción directa. En tal caso, «la acción directa se circunscribirá al contrato de seguro, pues el presupuesto técnico de la responsabilidad del asegurado, que es la Administración, consta como vinculante, por ser aquella la única jurisdicción que la puede condenar».

Y finalmente, tenemos el caso que se da cita en la sentencia que se comenta: el perjudicado sigue el expediente administrativo de responsabilidad patrimonial y, una vez recaída resolución en la que se asume la existencia de responsabilidad, se fija la indemnización y viene todo ello a ser consentido por él.

5.2. *Concluido el procedimiento administrativo con resolución que ha ganado firmeza, no cabe acción directa contra el asegurador para reclamar una responsabilidad mayor*

En el presente caso, no se había negado la competencia del juez civil, ni por el actor ni por la aseguradora demandada. El perjudicado podía, cosa que no hizo, intentar un resarcimiento más rápido por la vía de la acción directa (inequívoco derecho propio, sustantivo y procesal, de todo perjudicado frente al asegurador) eludiendo así la reclamación contra la Administración causante del daño, y hasta eludir la reclamación contra ambos. Pero prefirió seguir un procedimiento administrativo que concluyó con un reconocimiento de la responsabilidad de la Administración, y también decidió no recurrir en vía contencioso-administrativa. Y era entonces cuando pretendió dirigirse contra el asegurador.

La sentencia establece una doctrina muy clara. Cabía optar por una posibilidad: que la resolución administrativa firme no tenga efecto sobre la acción directa, porque no ha existido propiamente un *enjuiciamiento* del actuar de la Administración. Una posibilidad que tiene poco recorrido, pues, se llame *enjuiciamiento* o se llame de otra manera, la resolución administrativa ha admi-

tido la responsabilidad, y eso no se puede negar de cara a la dilucidación de la obligación frente al asegurador.

Otra posibilidad consistiría en que, una vez aceptado esto último, la resolución ha de gozar de una suerte de presunción de veracidad, pero ésta puede romperse si el juez civil termina teniendo otro parecer. Imaginemos el caso en el que decide conceder una indemnización mayor, o en el que incluso excluye que la Administración sea responsable. Posibilidad tanto o más extraña que lo anterior.

La solución es otra: la aseguradora no puede quedar obligada más allá de la obligación del asegurado. Si la jurisdicción contencioso-administrativa es la única competente para condenar a la Administración, mientras que la civil solo conoce de su responsabilidad y consecuencias *a efectos prejudiciales* en el proceso civil, «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». De admitir semejante cosa, «se conseguiría así el reconocimiento en vía civil de una responsabilidad de la entidad aseguradora distinta cualitativa y cuantitativamente a la que con carácter firme ha sido reconocida y declarada por el órgano competente para ello al culminar el procedimiento administrativo legalmente previsto, que ha sido consentido por los perjudicados al no acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa, única que podría revisarla». Es más, cuando se ha satisfecho ya por la Administración la indemnización fijada, la deuda del asegurador también se habrá extinguido.

Con todo ello, quede claro que no se está defendiendo que las resoluciones administrativas firmes tengan efecto de cosa juzgada en el orden civil, pues no se trata de sentencias, que es de lo que parte el régimen de la cosa juzgada en el art. 222 LEC. Al perjudicado le sigue amparando la ley para el ejercicio de ese derecho autónomo en que la acción directa del art. 76 LCS consiste. Otra cosa es que hayan de vincular como prueba documental en un juicio en el que se podrán discutir aspectos del aseguramiento, pero no los que consistan en querer albergar en la delimitación cuantitativa de la póliza una reclamación por encima de lo reconocido en vía administrativa. Así, si la Administración reconoció una deuda de responsabilidad de 150 y la suma asegurada en la póliza es de 200, la acción directa no podrá reclamar 170. No hay cosa juzgada, desde luego, pero tampoco se puede admitir que la resolución carezca por completo de efectos. «En este caso la acción directa se circunscribirá al contrato de seguro, pues el presupuesto técnico de la responsabilidad del asegurado, que es la Administración, consta como vinculante, por ser aquella la única jurisdicción que la puede condenar, esto es, la contencioso-administrativa».

5.3. *Conclusión*

Una vez se reconoce la responsabilidad de la Administración porque recae la correspondiente resolución administrativa que la reconoce y cuantifica, si gana firmeza porque el perjudicado no la recurre, no cabe buscar una indemnización mayor por la vía de la acción directa contra el asegurador.

Con todo, considero que sería deseable que el art. 9.4 LOPJ volviera a reformarse para que la competencia jurisdiccional en orden a entender de las acciones entabladas exclusivamente contra el asegurador de la Administración quedara explícitamente reservada al orden civil. Sé que ello se puede afirmar merced a una deducción interpretativa, unido al inequívoco apoyo del art. 42.1 LEC. Una deducción que consiste en decir que si la ley reside en la jurisdicción contencioso-administrativa el conocimiento de las reclamaciones contra Administración asegurada y su asegurador, es porque quiere excluir esa competencia cuando se reclama sólo contra éste último. Naturalmente, es la deducción que procede. Pero lo que abunda no sobra, sin que sirva para decir que la reforma legal es innecesaria la afirmación de la sentencia de que «el artículo 42 de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil prevé tal escenario con toda naturalidad», o que el ATS de 19 de junio de 2009 dijera que con la última reforma operada en la LOPJ «el legislador quiere que no quede resquicio alguno».

6. Bibliografía

- Albi Nuevo y Audibert Amoroto, «Seguros de administraciones públicas: efectos de la resolución administrativa vs. acción directa: no todo vale», en *Revista de responsabilidad civil, circulación y seguro*, n.º. 1, 2018, pp. 18 y ss.
- Albi Nuevo y Audibert Amoroto, «No cabe la acción contra la aseguradora cuando haya resolución administrativa firme», en *Revista de responsabilidad civil, circulación y seguro*, n.º. 8, 2019, pp. 22 y ss.
- Arnáiz Serrano, *Las compañías aseguradoras en los procesos penal y contencioso-administrativo*,
- Busto Lago, «La competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa para conocer de acciones de responsabilidad civil frente a una Administración pública en el caso de existencia de un seguro de responsabilidad civil», *Práctica de Derecho de daños*, núm. 21, noviembre 2004, pp. 12 y 13.
- Busto Lago, «Responsabilidad civil de las Administraciones Públicas», en Reglero Campos (coord.), *Tratado de responsabilidad civil*, t. II, ed. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 1938 y ss.
- De Ángel Yáñez, «Acción directa del perjudicado contra la aseguradora de una administración pública. Jurisdicción competente (contraste –¿o coincidencia?– entre “conceptos” e “intereses”)», en *Estudios jurídicos en memoria de José María Lidón*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2002, pp. 643 y ss.
- Garnica Martín, «La acción directa frente al asegurador en supuestos de responsabilidad de agentes públicos. Jurisdicción competente», *Actualidad Civil*, n.º. 42, 2000, pp. 1507 y ss.
- Pasquau Liaño, «El ejercicio de la acción directa contra la aseguradora de la Administración Pública», *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, núm. 25, 2008, pp. 47 y ss.
- Seijas Quintana, «Acción directa contra la aseguradora de la Administración, en *VII Congreso Nacional de Derecho sanitario*, Madrid, 2001, pp. 153 y ss.