

Audiencia Provincial Civil de Madrid
Sección Vigésimoprimer
c/ Santiago de Compostela, 100 , Planta 8 - 28035
Tfno.: 914933872/73,3872

37007750

N.I.G.: 28.079.00.2-2019/0063520

Recurso de Apelación 745/2019

O. Judicial Origen: Juzgado de 1ª Instancia nº 44 de Madrid
Autos de Procedimiento Ordinario 436/2019

APELANTE:

PROCURADOR Dña. ANA VILLA RUANO

APELADO:

PROCURADOR Dña. MARIA ESTHER CENTOIRA PARRONDO
MB

AUTO

MAGISTRADOS Ilmos Sres.:

D. GUILLERMO RIPOLL OLAZÁBAL

D. RAMÓN BELO GÓNZALEZ

Dª. ALMUDENA CÁNOVAS DEL CASTILLO PASCUAL

En Madrid, a seis de abril de dos mil veinte. La Sección Vigésimoprimer de la Audiencia Provincial de Madrid, compuesta por los Señores Magistrados expresados al margen, ha visto, en grado de apelación, los autos del juicio ordinario número 436/2019 procedentes del Juzgado de Primera Instancia nº44 de Madrid, seguidos por la parte Apelante-Demandante: y de otra, como Apelado-Demandado: Sucursal en España.

VISTO, siendo Magistrado Ponente **el Ilmo. Sr. DON RAMON BELO GONZALEZ**.

I.-ANTECEDENTESDEHECHO

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

PRIMERO.- Por el Juzgado de 1ª Instancia nº 44 de Madrid, en fecha 18 de junio de 2019 se dictó auto, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: “Que debo estimar la declinatoria formulada por la procuradora Sra. Centoira Parrondo en nombre y representación de la entidad “Société Hospitallière Dássurances Muetelles (Sham), Sucursal en España” y debo declarar la falta de competencia objetiva de este Juzgado para conocer de la pretensión de la demanda incluida en los presentes autos de Juicio proceso ordinario, 436/2019, al estimar competentes a los Juzgados de lo Contencioso-administrativo, debiendo proceder al archivo de la demanda. No se hace expresa imposición de costas.”

SEGUNDO.- Notificado el mencionado auto, contra el mismo, se interpuso recurso de apelación, por la parte demandada, mediante escrito del que se dio traslado a la otra parte, que presentó escrito de oposición al recurso, remitiéndose las actuaciones a esta Sección, en la que se personó, en plazo, los apelantes y ante la que no se ha practicado prueba alguna.

TERCERO.- Por providencia de esta Sección, de 5 de diciembre de 2019, se acordó que no era necesaria la celebración de vista pública, señalándose para deliberación, votación y fallo el día 2 de marzo de 2020.

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

II.-RAZONAMIENTOSJURIDICOS

PRIMERO.- Se **rechazan** los razonamientos jurídicos del auto apelado que quedan **sustituídos** por los que se expresan a continuación.

SEGUNDO.- En el mes de enero del año 2018, doña **María Jesús**, que tenía 55 años de edad, residía en la ciudad de Donostia en compañía de su marido y de su hijo

El día **30 de enero de 2018** sintió doña María Jesús un **fuerte dolor de cabeza**, por lo que, su marido, que se encontraba con ella en el domicilio familiar, llamó, a una **ambulancia del Servicio Público de Salud Vasco (Osakidetza)**, sobre las 3 horas y 54 minutos del día 31 de enero de 2018, la cual acudió al domicilio familiar, en donde fue analizada, diagnosticándole una cefalea, para la que le pautaron tratamiento analgésico con diclofinaco intramuscular con indicación de acudir a su médico de atención primaria en 24 horas.

El hijo de doña María Jesús, ese mismo día **31 de enero de 2018**, al regresar desde el colegio a su domicilio familiar, se la encontró, en éste, tirada en el suelo y en estado de coma, siendo trasladada al "**Hospital Universitario Donostia**" del Servicio Público de Salud Vasco (Osakidetza), en donde **ingresó** a las 15 horas y 20 minutos en situación de coma profundo. Y donde **falleció el día 1 de febrero de 2018**.

En enero y febrero de 2018 la responsabilidad patrimonial médica del Servicio Público de Salud Vasco (Osakidetza) estaba cubierta por la **compañía de seguros** denominada "**Société Hospitalière D'Assurances Muetelles (SHAM) Sucursal en España**" con domicilio social en Madrid.

El día 14 de marzo de 2019, el marido (don) y el hijo () de la finada (doña María Jesús), **presentan**, en el Decanato de los Juzgados de Primera Instancia de Madrid, una **demanda**, con la que promueven un **juicio ordinario** contra la compañía de seguros "Société Hospitalière D'Assurances Muetelles (SHAM) Sucursal en España", y frente a la que ejercitan "directamente", con base en el artículo 76 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre de Contrato de Seguro, la acción indemnizatoria derivada de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública Autónoma (Servicio Público de Salud Vasco-"Osakidetza"), por la muerte de doña María Jesús.

Repartida la demanda al Juzgado de Primera Instancia número 44 de Madrid, fue en este Juzgado, admitida a trámite y emplazado el demandado para contestar a la demanda. Y, dentro de los primeros diez días de plazo para contestar a la demanda, presenta el **demandado un escrito de declinatoria**, en el que denuncia la falta de jurisdicción del tribunal ante el que se ha interpuesto la demanda (uno del orden jurisdiccional civil) por corresponder el conocimiento de este asunto a los tribunales del orden jurisdiccional contencioso administrativo.

Alegan los **demandantes**, dentro del plazo de cinco días que se le concede, que **se oponen** a la declinatoria por corresponder el conocimiento del asunto a los tribunales de orden jurisdiccional civil.

Se dicta un **auto** el día **18 de junio de 2019** por el que se **estima la declinatoria**, se declara su falta de "competencia objetiva" y se estima competentes a los Juzgados de lo Contencioso Administrativos.

Contra este auto dictado en la primera instancia interponen recurso de **apelación** los demandantes mediante la presentación de un escrito el día 7 de junio de 2019.

Lademandada presenta, el día 23 de julio de 2019, un escrito, en el que se **opone** al recurso de apelación interpuesto por los demandantes.

TERCERO.- I Para centrar adecuadamente la presente controversia tenemos que comenzar por hacer una breve referencia a la llamada "**acción directa del perjudicado contra el asegurador**".

En la estructura originaria del contrato de seguro de responsabilidad civil, el tercer perjudicado carecía de acción contra el asegurador, por lo que solo le cabía ejercitar la acción de responsabilidad civil contra el asegurado causante del daño, y, de prosperar, naciendo una deuda que gravaba el patrimonio del asegurado, a consecuencia de un siniestro cuyo riesgo de producción estuviera cubierto por el contrato de seguro, era el asegurado el que tenía acción contra el asegurador, para que le abonara el importe de la indemnización a satisfacer al tercer perjudicado. Así sucedió desde finales del siglo pasado, en que comenzó a practicarse entre nosotros el seguro de responsabilidad civil, a pesar de no disponer de una regulación específica en el Código de Comercio de 1885 (dejando a parte el seguro marítimo en donde encuentra sus precedentes, en particular con ocasión de la responsabilidad por

abordaje; en el campo del seguro terrestre encontró posibilidades de expansión a través de la cláusula general contenida en el artículo 438 del C. de c.), el cual, desde luego, no permitía expresamente la acción directa del tercer perjudicado contra el asegurador. Pero, a pesar de este vacío legal, la acción directa del tercer perjudicado contra el asegurador para que éste le indemnizara del daño ocasionado, dentro de la cobertura del contrato de seguro, fue reconocida por una constante doctrina jurisprudencial (que arranca de la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 23 de junio de 1930, R.J. Ar. 1032; y se consolida en las sentencias de esa misma Sala de 18 de febrero de 1967, R.J. Ar. 787, y 14 de octubre de 1969, R.J. Ar. 4706). E incluso se llegó a admitir el ejercicio de esta acción, por el perjudicado contra el asegurador, en el proceso penal, en el que se enjuicia un hecho que revista los caracteres de infracción criminal del que sea autor el asegurado y del que se derive una responsabilidad civil cubierta por el contrato de seguro (así sucedió a partir de la sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 7 de mayo de 1975, R.J. Ar. 1954, corroborada por las sentencias de esta misma Sala de 16 de marzo de 1977 R.J. Ar. 1093; 21 de mayo de 1977, R.J. Ar. Ar 2398; 14 de junio de 1977, R.J. Ar. 2748; 22 de noviembre de 1977, R.J. Ar. 4268; 19 de mayo de 1980, R.J. Ar. 2052). A nivel legislativo la llamada acción directa del perjudicado contra el asegurador se proclamó en algunos supuestos de seguro obligatorio de responsabilidad (así, en la Ley del Automóvil de 24 de diciembre de 1962, el Decreto 2.177/1967 de 22 de julio dictado en aplicación de la Ley de Energía Nuclear de 29 de abril de 1964 y en el Reglamento de la Ley de Caza aprobado por Decreto 506/1971 de 25 de marzo), hasta consagrarse, con carácter general, en el art. 76 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre de contrato de seguro (B.O.E. número 250, de 17 de octubre de 1980; "El perjudicado o sus herederos tendrán acción directa contra el asegurador para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar"). Conviene destacar que esta acción directa del

tercer perjudicado contra el asegurador se puede ejercitar tanto ante la jurisdicción civil como ante la jurisdicción penal (si el siniestro, cubierto por el seguro, reviste los caracteres de infracción criminal, siendo autor responsable criminalmente el asegurado). En virtud del artículo 76 de la Ley de Contrato de Seguro se crea una situación de solidaridad pasiva entre el asegurador y el asegurado respecto del perjudicado y sus herederos (sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 28 de Marzo de 1983, R.J. Ar. 1647; 16 de Julio de 1984, R.J. Ar. 3987; 18 de Junio de 1990, R.J. Ar. 4855; Sala Segunda: 18 de Febrero de 1982, R.J. Ar. 798; 22 de Noviembre de 1982, R.J. Ar. 7168; 4 de Febrero de 1984, R.J. Ar. 721; 11 de Diciembre de 1989, R.J. Ar. 9527). Dispone el artículo 1.144 del Código Civil que el acreedor puede dirigirse contra cualquiera de los deudores solidarios o contra todos ellos simultáneamente. De ahí que el acreedor - perjudicado pueda dirigir su acción de responsabilidad civil únicamente contra el asegurador reclamándole la totalidad de lo adeudado, sin que por ello se pueda entender defectuosamente constituido la relación jurídico procesal por no haberse demandado al conductor y al propietario del vehículo de motor causante del daño (litis consorcio pasivo necesario que no puede apreciarse cuando se demanda a uno solo de los deudores solidarios).

II Dentro de la responsabilidad del que ha causado un daño frente al perjudicado que ha resultado dañado, hemos de distinguir **dos clases de acciones** que son **indemnizatorias del daño causado**, por una parte, la derivada de la responsabilidad civil extracontractual por culpa regulada en los artículos 1902 y 1903 del Código Civil que se complementa con la doctrina jurisprudencial emanada de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, y, por otra parte la derivada de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas regulada en los artículos 32, 33 y 34 de la Ley 40/2015 de 1 de

octubre de Régimen Jurídico del Sector Público que se complementa con la doctrina jurisprudencial emanada de las Salas de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo. En cualquiera de estos dos casos, el responsable del daño puede tener cubierta su responsabilidad mediante un seguro de responsabilidad concertado con una aseguradora privada. De ser así el perjudicado podrá ejercitar su acción indemnizatoria (la que en cada caso le corresponda, la derivada de la responsabilidad civil o la derivada de la responsabilidad patrimonial) "directamente" contra la compañía de seguros privada, en base a lo dispuesto en el artículo 76 de la Ley 50/1980 de 8 de octubre de Contrato de Seguros. Precepto que ni transforma, ni muta ni varía la acción ejercitada por el perjudicado sino que tan solo permite que esa acción de la que es titular el perjudicado (la indemnizatoria derivada de la responsabilidad civil o la derivada de la responsabilidad patrimonial) la pueda ejercitar "directamente" contra la compañía de seguros privada.

III Hasta ahora nos hemos limitado a determinar la "legislación sustantiva aplicable al supuesto controvertido", distinguiendo según cual se la acción indemnizatoria que se ejercite, la derivada de la responsabilidad civil o la derivada de la responsabilidad patrimonial. Y queda por analizar a cuál de los **dos órdenes jurisdiccionales**, al **civil** o al **contencioso-administrativo**, corresponde la competencia para el conocimiento de esas dos acciones indemnizatorias la derivada de la responsabilidad civil y la derivada de la responsabilidad patrimonial.

A/ Entre estas dos órdenes jurisdiccionales (dejamos aparte el penal), la **competencia para el conocimiento de la acción indemnizatoria derivada de la responsabilidad civil corresponde al orden jurisdiccional civil.**

B/ Mas problemática es la competencia entre estos dos órdenes jurisdiccionales (el civil y el contencioso administrativo) para conocer de la **responsabilidad patrimonial.**

La redacción originaria del párrafo quinto del artículo 1903 del Código Civil en relación con los artículos 40 y 41 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado cuyo texto refundido fue aprobado por Decreto de 26 de julio de 1957 dio lugar a una doctrina jurisprudencial que, con carácter general, estableció la necesidad de distinguir entre la responsabilidad patrimonial de la Administración por daños causados a consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, cuyo conocimiento correspondía a la jurisdicción contencioso-administrativa, y la responsabilidad proveniente de actuaciones en relaciones de derecho privado, cuyo conocimiento correspondía a la jurisdicción civil. La cual se mantiene tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio del Poder Judicial en la que, en su redacción originaria del apartado 4 del artículo 9, se atribuía al orden jurisdiccional contencioso administrativo el conocimiento "de las pretensiones que se deduzcan en relación con los actos de la Administración Pública sujeta a Derecho administrativo". Pero, este criterio para deslindar el orden jurisdiccional contencioso-administrativo y el civil respecto del conocimiento de la responsabilidad patrimonial, era de muy difícil por no decir imposible aplicación correcta, lo que daba lugar a una inseguridad jurídica absoluta y cuyos catastróficos efectos se trataron de paliar mediante la doctrina jurisprudencial, a la que acudió la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, "del peregrinaje de jurisdicciones". Se considera que lo mas adecuado sería **atribuir el conocimiento de la responsabilidad patrimonial al orden jurisdiccional contencioso administrativo de manera exclusiva y excluyente**. Y así se suprime el párrafo quinto del artículo 1903 del Código Civil mediante el artículo 2 de la Ley 1/1991 de 7 de enero de 1991. También quedan derogados

los artículos 40 y 41 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración Pública del Estado de 1957 al entrar en vigor la Ley 30/1992 de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Y, sobre todo, se da nueva redacción al **apartado 4 del artículo 9 de la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio del Poder Judicial**. Tras sucesivas leyes Orgánicas que son la número 6/1998 de 13 de julio, la 19/2003 de 23 de diciembre, la 1/2010 de 19 de febrero y la 4/2012 de 11 de marzo. Siendo así que la actual redacción de los párrafos segundo y tercero del apartado 4 del artículo 9 es del siguiente tenor: “Conocerán (los Tribunales del orden Contencioso Administrativo).. 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...” (párrafo segundo); “También será competente este orden jurisdiccional si las demandas de responsabilidad patrimonial se dirigen , además, contras las personas o entidades públicas o privadas indirectamente responsables de aquéllas” (párrafo tercero y último). Y, una vez atribuida con carácter exclusiva y excluyente el conocimiento de la responsabilidad patrimonial al orden jurisdiccional contencioso administrativo, tan solo quedaba por determinar a qué orden jurisdiccional (el contencioso ordinario o el civil) corresponde el conocimiento de esa **acción indemnizatoria derivada de la responsabilidad patrimonial si la misma se ejercita “directamente” contra la compañía de seguros que cubría el riesgo de esa responsabilidad patrimonial**. A lo que se le da adecuada respuesta en el párrafo segundo del apartado 4 del artículo 9 de la Ley Orgánica del Poder Judicial al indicar que: “...Igualmente conocerán (los Tribunales del orden jurisdiccional Contencioso Administrativo) de las

reclamaciones de responsabilidad (patrimonial cuando el interesado acciones directamente contra la aseguradora de la Administración, junto a la Administración respectiva". El empleo, en la redacción de este precepto, del adjetivo "junto", es decir unido al otro, no da margen alguno para la duda en cuanto a su significado, en el sentido de **corresponder**, el conocimiento de la acción indemnizatoria derivada de la responsabilidad patrimonial cuando se ejercita "directamente contra la aseguradora de la Administración, **al orden jurisdiccional civil** en el caso de que la acción tan solo se dirija única y exclusivamente contra la aseguradora, mientras que, por el contrario si, además de dirigirse contra la aseguradora, también se presenta la demanda contra la Administración asegurada, en este caso **corresponde la competencia al orden jurisdiccional contencioso-administrativo.** A pesar de la claridad de los términos en los que esta redactada el precepto ha tenido que pronunciarse en este sentido la Sala Especial del Tribunal Supremo del Conflicto de Competencias (autos de 18 de octubre de 2010, de 22 de mayo de 2010 - que resuelve el conflicto 25/2019 - y tres de 22 de marzo de 2010 - que resuelven los conflictos 23/2009, 25/2009 y 27/2009).

IV Una vez ejercitada por el perjudicado la acción de responsabilidad patrimonial directamente contra la aseguradora, dirigiendo la demanda única y exclusivamente contra esta aseguradora y no contra la Administración asegurada, el Tribunal del orden jurisdiccional civil, al que corresponde la competencia para conocer del asunto, tendrá que pronunciarse sobre la responsabilidad patrimonial, pues, en la inmensa mayoría de los casos, la aseguradora demanda negara la responsabilidad de su Administración asegurada. Planteándose en este caso y sobre la base de que en principio la legislación que ha de ser aplicada por el Tribunal de cada orden jurisdiccional, para resolver los asuntos de que conozca, es aquella propia y genuina de su

orden jurisdiccional, si el Tribunal del orden jurisdiccional civil debía decidir, sobre la existencia de la responsabilidad patrimonial, aplicando la legislación civil, es decir los artículos 1902 y 1903 del Código Civil reguladores de la responsabilidad civil extracontractual por culpa. A lo que debe dársele una contestación categóricamente negativa, ya que el Tribunal del orden jurisdiccional civil tiene que aplicar, para decidir sobre la existencia o no de la responsabilidad patrimonial, la legislación administrativa (artículos 32, 33 y 34 de la Ley 40/2015 de 1 de octubre de Régimen Jurídico del Sector Público) y la doctrina jurisprudencial contencioso administrativo. Y sin que, con ello, se quebrante el ordenamiento jurídico procesal ya que, esa aplicación de la legislación administrativa, se hace a los “solos efectos prejudiciales”. Tal y como se permite en el apartado 1 del artículo 10 de la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio del Poder Judicial (“A los solos efectos prejudiciales, cada orden jurisdiccional podrá conocer de asuntos que no le estén atribuidos privativamente”) y en el apartado 1 del artículo 42 de la Ley 1/2000 de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil (“A los solos efectos prejudiciales los tribunales civiles podrán conocer de asuntos que estén atribuidos a los tribunales del orden contencioso-administrativo.”).

V Dado que la **reclamación previa** del perjudicado **en la vía administrativa y su agotamiento** es presupuesto indispensable para acceder a los Tribunales del orden jurisdiccional contencioso administrativo, la sentencia del Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo número 321/2019, de 5 de junio de 2019, que resuelve el recurso número 321/2019, se plantea la repercusión de ese presupuesto indispensable en la resolución de la acción indemnizatoria derivada de la responsabilidad patrimonial cuando la acción se dirige directamente contra la compañía de seguros de la Administración Pública causante del daño. Y, en este sentido, podemos distinguir **varios supuestos**:

1º El perjudicado acude previamente a la vía administrativa, y, una vez agotada, a los Tribunales del orden jurisdiccional Contencioso Administrativa ante los que ejercita la acción de responsabilidad patrimonial presentando la demanda contra la Administración Pública actuante y directamente contra su aseguradora.

En este caso, la competencia corresponde al orden jurisdiccional contencioso administrativo cuyos Tribunales tienen que aplicar la legislación administrativa respecto de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública y la Legislación civil en concreto la Ley 50/1980 de 8 de octubre de Contrato de Seguro, para resolver las cuestiones propias y genuinas de la acción directa contra la aseguradora.

2º El perjudicado acude previamente a la vía administrativa, y, una vez agotada a los Tribunales del orden jurisdiccional Contencioso Administrativo ante la que ejercita la acción de responsabilidad patrimonial presentando la demanda tan solo contra la Administración Pública actuante y sin hacerlo directamente contra la aseguradora.

En este caso la competencia corresponde al orden jurisdiccional contencioso administrativo cuyos Tribunales tienen que aplicar la legislación administrativa.

En este supuesto y de haberse condenado por los Tribunales del orden jurisdiccional contencioso administrativo a la Administración Pública actuante, puede el perjudicado acudir a los Tribunales del orden jurisdiccional civil ejercitando la acción directamente contra la aseguradora a la que demanda de manera exclusiva. Pues bien, la competencia correspondería para el conocimiento de esta acción directa contra la aseguradora al orden jurisdiccional civil cuyos Tribunales tendrán que partir de lo resuelto por los

Tribunales del orden jurisdiccional contencioso administrativo, y, sobre la base de esa resolución, analizar y resolver la acción directa contra la aseguradora con aplicación de la legislación civil, en concreto la Ley 50/1980 de 8 de octubre de Contrato de Seguro.

Por el contrario, de haberse concluido en los Tribunales del orden jurisdiccional contencioso administrativo la inexistencia de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, tiene necesariamente que partirse de este pronunciamiento judicial en el posterior proceso que el perjudicado promueve ante los Tribunales del orden jurisdiccional civil ejercitando directamente la acción contra el asegurador de manera exclusiva.

3º. El perjudicado puede acudir a la vía administrativa que se hubiera agotado mediante resolución firme al no haber sido recurrido en plazo ante los Tribunales del orden jurisdiccional contencioso administrativo. Tras lo cual, acude a los Tribunales del orden jurisdiccional civil ejercitando la acción directamente contra el asegurador de la Administración Pública actuante.

En este caso, la competencia para el conocimiento de esta acción directa contra la aseguradora de la Administración Pública, corresponde al orden jurisdiccional civil pero sus Tribunales en cuanto a la responsabilidad patrimonial tienen que acatar y basarse en todo momento en lo resuelto por la Administración Pública en su resolución firme.

4º. El perjudicado puede sin acudir a la vía administrativa y prescindiendo por completo de ella, presentar una demanda ante los Tribunales del orden jurisdiccional civil dirigida exclusivamente contra la aseguradora de la Administración Pública actuante en la que ejercite la acción de responsabilidad patrimonial directamente contra el asegurador.

En este caso la competencia para conocer de esta acción directa contra la aseguradora corresponde a los Tribunales del orden jurisdiccional civil que deberán aplicar, prejudicialmente, respecto de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública la legislación administrativa y en cuanto a la acción directa contra la aseguradora legislación de Contrato de Seguros. Y sin que constituya obstáculo alguno para el conocimiento y la resolución de esta acción el que no se hubiera acudido previamente a la vía administrativa.

5º. Lo que el perjudicado tiene proscrito, sin agotar previamente la vía administrativa, es acudir a los Tribunales del orden jurisdiccional contencioso administrativo, ya que su demanda se inadmitiría a trámite de plano habida cuenta de la imposibilidad de acudir a los Tribunales del orden jurisdiccional contencioso administrativo sin actuación u omisión administrativa previa que revisar ni Administración demandada que condenar.

VI En el Boletín Oficial del Estado del día 2 de octubre de 2015 se publica la **Ley 40/2015 de 1 de octubre de 2015 de Régimen Jurídico del Sector Público**, la cual, según su disposición final decimoctava, entró en vigor al año de su publicación, es decir el día 2 de octubre de 2016, y en cuyo **artículo 35** bajo la rúbrica de "responsabilidad de derecho privado" se dice lo siguiente: *"Cuando las Administraciones Públicas actúen, directamente a través de una entidad de derecho privado, en relaciones de esta naturaleza, su responsabilidad se exigirá de conformidad con lo previsto en los artículos 32 y siguientes, incluso cuando concurra con sujetos de derecho privado o la responsabilidad se exija directamente a la entidad de derecho privado a través de la cual actúe la Administración o a la entidad que cubra su responsabilidad."* Y, la referencia que se hace en este precepto a la aplicación, de la legislación administrativa reguladora de la responsabilidad patrimonial,

incluso cuando, esa responsabilidad, se exija directamente a la entidad que cubra su responsabilidad, es decir a la compañía de seguros, ha dado lugar a la **opinión**, expuesta en el auto apelado que se basa en ella, de que **la competencia para conocer de la acción indemnizatoria derivada de la responsabilidad patrimonial cuando se ejercita "directamente" contra la aseguradora de la Administración Pública actuante presentando la demanda única y exclusivamente contra la aseguradora, no corresponde al orden jurisdiccional civil sino al orden jurisdiccional contencioso administrativo**. Opinión que incluso se fomenta en la propia sentencia del Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo número 321/2019 de 5 de junio de 2019, por la que se resuelve el recurso número 2992/2016, al decir en su fundamento de derecho tercero apartado 2 párrafos tercero, cuarto y quinto, que: ".. por razón temporal, es de aplicación la Ley Orgánica 19/2003 de 23 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio, del Poder Judicial. En aplicación de esta reforma cuando la acción se ejercite solo contra la entidad aseguradora, con fundamento en el artículo 76 LCS, la competencia para conocer de ella se atribuye a la jurisdicción civil. Es cierto que la Ley 40/2015 de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, tiene una incidenciasobre lamateria, pero al no ser de aplicación por razón temporal al supuesto litigioso, sería un exceso de la Sala entrar en su interpretación".

Pero esa opinión no puede prosperar por dos motivos:

1º. La distribución de las competencias entre los distintos órdenes jurisdiccionales se encuentra regulada en una Ley Orgánica en concreto en la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio del Poder Judicial, en cuyo artículo 9 apartados 2 y 4 atribuye la competencia para conocer de la acción indemnizatoria derivada de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública cuando la acción se ejercita "directamente" contra la compañía de seguros que cubre esa responsabilidad patrimonial a los Tribunales del Orden

jurisdiccional civil cuando esa demanda se dirige única y exclusivamente contra la aseguradora sin demanda también a la Administración Pública aseguradora. Lo que tan solo puede modificarse mediante otra Ley Orgánica (apartado 2 del artículo 81 de la Constitución) que privara de esa competencia a los Tribunales del orden jurisdiccional Civil para atribuírsela a los Tribunales del orden jurisdiccional contencioso administrativo. Y esta nueva Ley Orgánica no se ha dictado. Siendo así que la Ley 40/2015 de 1 de octubre de Régimen Jurídico del Sector Público no es orgánica sino tan solo ordinaria.

2º. El artículo 35 de la Ley 40/2015 de 1 de octubre del Régimen Jurídico del Sector Público se está refiriendo a la legislación aplicable y no al orden jurisdiccional competente para conocer de la acción directa contra la aseguradora de la Administración Pública. Y en este sentido no cabe duda que, aunque corresponda la competencia para conocer de la acción directa contra la aseguradora al orden jurisdiccional civil por haberse presentado la demanda única y exclusivamente contra la aseguradora, los artículos que han de ser aplicados, por el Tribunal del Orden jurisdiccional civil, a la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, son aquellos a los que se remite el artículo 35 de la Ley 40/2015 de 1 de octubre de Régimen Jurídico del Sector Público, es decir los artículos 32, 33 y 34 de esta misma Ley.

CUARTO.- El **procedimiento incidental de la declinatoria** origina unas **costas procesales** en cada una de las partes que intervienen en el mismo. De ahí que sea imprescindible un pronunciamiento judicial respecto de las mismas, en el sentido de que cada parte litigante abone las costas procesales

causadas a su instancia y las comunes por mitad o que se le impongan a una de ellas.

Para que constituya la base legal de ese pronunciamiento judicial no existe un precepto específico relativo a las costas procesales originadas en el procedimiento incidental de la declinatoria (artículos 63, 64 y 65 de la Ley 1/2000 de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil).

Y, en ausencia de ese precepto específico, se acordó, en las Jornadas de Unificación de Criterios de los Magistrados de las Secciones Civiles de la Audiencia Provincial de Madrid celebradas el día 4 de octubre de 2007, que "en el incidente de declinatoria las costas han de ser impuestas con arreglo a lo dispuesto en el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil" (el acuerdo sexto). Nos referimos, claro está, a las costas procesales **ocasionadas en la primera instancia.**

En el presente caso la parte demandada ha visto totalmente rechazada su pretensión de declinatoria de jurisdicción, pero, a pesar de ello, no se le imponen las costas procesales de la primera instancia del incidente de declinatoria que **deberán ser abonadas por cada parte las causadas a su instancia y las comunes por mitad** dado que la resolución de esta declinatoria presenta serias dudas de derecho derivadas del pronunciamiento que se hace, aunque sea como obiter dicta, en la sentencia del Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo número 321/2019 de 5 de junio de 2019, por la que se resuelve el recurso número 2992/2016, respecto a la incidencia de la Ley 40/2015 de 1 de octubre.

QUINTO.- Las **costas ocasionadas en esta segunda instancia** deberán ser abonadas por cada parte las causadas a su instancia y las comunes por

mitad, al estimarse el recurso de apelación (apartado 2 del artículo 398 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil).

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

III.-PARTEDISPOSITIVA

La Sala Acuerda: Que **estimando** el recurso de apelación interpuesto por don, debemos revocar y **revocamos** el auto dictado el día 18 de junio de 2019, por la Magistrada titular del Juzgado de Primera Instancia número 44 de Madrid resolviendo el incidente de declinatoria de jurisdicción promovido en el juicio ordinario número 436/2019 del que la presente apelación dimana, y, en su lugar, **desestimando** totalmente **la declinatoria de jurisdicción** planteada por "Societé Hospilalière D`Assurance Muetelles (SHAM) Sucursal en España" debemos declarar y declaramos que el Juzgado de Primera Instancia número 44 de Madrid, como Tribunal integrado en el orden jurisdiccional civil tiene jurisdicción para conocer de la demanda presentada por don contra " Sucursal en España".

Las **costas procesales ocasionadas en la primera instancia relativas al incidente de declinatoria de jurisdicción** deberán ser abonadas por cada parte las causadas a su instancia y las comunes por mitad.

Las **costas procesales ocasionadas en esta apelación** deberán ser abonadas por cada parte las causadas a su instancia y las comunes por mitad.

Disponemos que se **devuelva** a la parte apelante la totalidad del **depósito** que constituyó para interponer el presente recurso de apelación.

Contra este auto, no cabe interponer recurso alguno, ordinario o extraordinario, por lo que deviene **firme**.

Devuélvase los autos originales, con certificación de este auto, al Juzgado de Primera Instancia número 44 de Madrid, para su ejecución y cumplimiento.

Así por este nuestro auto, del que se unirá certificación literal al Rollo de Sala, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Firmada la anterior resolución es entrega en esta Secretaría para su notificación, dándose publicidad en legal forma, y se expide certificación literal de la misma para su unión al rollo. Certifico.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.