



Roj: **STS 759/2019 - ECLI:ES:TS:2019:759**

Id Cendoj: **28079110012019100140**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **13/03/2019**

Nº de Recurso: **3188/2015**

Nº de Resolución: **151/2019**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **FRANCISCO MARIN CASTAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP B 8674/2015,**
STS 759/2019

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 151/2019

Fecha de sentencia: 13/03/2019

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 3188/2015

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 06/03/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Marin Castan

Procedencia: Audiencia Provincial de Barcelona, sección 1.^a

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

Transcrito por: CVS

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 3188/2015

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Marin Castan

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 151/2019

Excmos. Sres.

D. Francisco Marin Castan, presidente

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Francisco Javier Orduña Moreno

D. Rafael Saraza Jimena



D. Pedro Jose Vela Torres

En Madrid, a 13 de marzo de 2019.

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por la aseguradora demandante QBE Insurance Europe Ltd, Sucursal en España, representada por el procurador D. Javier Zabala Falcó bajo la dirección letrada de D. Paulino Fajardo Martos y D. Jairo González Píndaro, contra la sentencia dictada el 15 de septiembre de 2015 por la sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona en el recurso de apelación n.º 776/2013, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario n.º 1317/2012 del Juzgado de Primera Instancia n.º 29 de Barcelona sobre acción declarativa en materia de seguros. Ha sido parte recurrida la aseguradora demandada Zurich Insurance PLC, Sucursal en España, representada por la procuradora D.ª María Esther Centoira Parrondo bajo la dirección letrada de D. Íñigo Gonzalo Cid-Luna Clares y D. Eduardo Asensi Pallarés.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Francisco Marin Castan.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 2 de noviembre de 2012 se presentó demanda interpuesta por la entidad QBE Insurance Europe Ltd, Sucursal en España, contra la entidad Zurich Insurance PLC, Sucursal en España, solicitando se dictara sentencia por la que se declarase "que corresponde a ZURICH INSURANCE PLC, SUCURSAL EN ESPAÑA la obligación de indemnizar los siniestros correspondientes a reclamaciones de fecha posterior a 2 de noviembre de 2010, de responsabilidad civil o patrimonial dirigidas contra su asegurado, el Servicio Madrileño de Salud, con expresa condena en costas".

SEGUNDO.- Repartida la demanda al Juzgado de Primera Instancia n.º 29 de Barcelona, dando lugar a las actuaciones n.º 1317/2012 de juicio ordinario, y emplazada la entidad demandada, esta compareció y contestó a la demanda solicitando lo siguiente:

"a) Estimar la Cuestión Previa de falta de legitimación pasiva de esta parte para interpretación del contrato suscrito entre el SERMAS y QBE.

"b) Estimar la Cuestión Previa de falta de legitimación activa de QBE para interpretación del contrato suscrito entre el SERMAS y ZURICH.

"c) Subsidiariamente, se desestime íntegramente la demanda, absolviendo a mi representada, con expresa imposición de las costas al demandante.

TERCERO.- Celebrada la audiencia previa, y como quiera que ambas partes admitieron que la controversia era meramente jurídica, la magistrada-juez del mencionado juzgado dictó sentencia el 31 de julio de 2013 por la que, acogiendo las excepciones procesales planteadas, acordó desestimar íntegramente la demanda y condenar en costas a la demandante.

CUARTO.- Interpuesto por la entidad demandante contra dicha sentencia recurso de apelación, al que se opuso la entidad demandada y que se tramitó con el n.º 776/2013 de la sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, esta dictó sentencia el 15 de septiembre de 2015 desestimando el recurso, confirmando la sentencia apelada e imponiendo las costas a la apelante.

QUINTO.- Contra la sentencia de segunda instancia la demandante-apelante interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

El recurso extraordinario por infracción procesal se componía de dos motivos con la siguiente formulación:

"MOTIVO PRIMERO: Vulneración por la AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA de lo dispuesto en el artículo 5 LEC en relación con el artículo 24 CE y el 469.1.4º LEC".

"MOTIVO SEGUNDO: Vulneración por la AUDIENCIA PROVINCIAL del requisito de congruencia de las sentencias (artículos 218 LEC y 120.3 CE) en relación con el artículo 469.1.2º LEC".

El recurso de casación, formulado al amparo del ordinal 3.º del art. 477.2 LEC, por interés casacional en su modalidad de oposición a la doctrina jurisprudencial de esta sala, se componía de dos motivos con la siguiente formulación:

"MOTIVO PRIMERO: Vulneración por la AUDIENCIA PROVINCIAL del artículo 10 LEC sobre la *legitimación ad causam* y de la jurisprudencia que lo desarrolla".

"MOTIVO SEGUNDO: Vulneración por la AUDIENCIA PROVINCIAL de la doctrina de esta SALA relativa al interés legítimo en las acciones mero declarativas".



SEXTO.- Recibidas las actuaciones en esta sala y personadas ante la misma ambas partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, con fecha 22 de diciembre de 2016 la parte recurrente presentó un escrito solicitando, al amparo de lo dispuesto en el art. 271 LEC, la aportación de documental consistente en copia de la sentencia dictada por la sección 3.ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 17 de marzo de 2016 (recurso contencioso-administrativo ordinario 586/2012).

Dado traslado mediante diligencia de ordenación de 17 de enero de 2017 a la parte recurrida, esta presentó escrito de alegaciones de fecha 3 de febrero de 2017 solicitando se acordara "no haber lugar a la existencia de cosa juzgada". Además, con este escrito acompañaba varios documentos judiciales.

SÉPTIMO.- Los recursos fueron admitidos por auto de 31 de enero de 2018, a continuación de lo cual la parte recurrida presentó escrito de oposición solicitando la desestimación de ambos recursos "con expresa imposición de costas a la recurrente de acuerdo con su pretensión económica real".

Junto con este escrito la recurrida aportó nueva prueba documental relacionada con el mencionado recurso contencioso-administrativo 586/2012.

OCTAVO.- Por providencia de 4 de abril de 2018 se acordó dar traslado a la parte recurrente para alegaciones respecto de la documental aportada por la recurrida con fecha 3 de febrero de 2017 y 25 de febrero de 2018, al no haberse cumplido este trámite.

La recurrente presentó escrito de alegaciones con fecha 16 de abril de 2018.

NOVENO.- Por providencia de 5 de noviembre de 2018 se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el siguiente día 15, aunque por providencia de 6 de noviembre se acordó posponer el señalamiento hasta el siguiente día 22.

DÉCIMO.- Iniciada la deliberación el día 22, se dictó providencia de la misma fecha acordando oír a las partes por diez días sobre una posible falta de litisconsorcio pasivo necesario por no haberse dirigido la demanda contra el Servicio Madrileño de Salud.

UNDÉCIMO.- La recurrente QBE evacuó el trámite negando la existencia de litisconsorcio pasivo necesario por falta de interés del Servicio Madrileño de Salud en el resultado del pleito y oponiéndose a la reotracción de las actuaciones al momento de interposición de la demanda, y la recurrida Zurich, pese a reconocer que la falta de litisconsorcio pasivo necesario podía apreciarse de oficio, se opuso a su apreciación alegando que la demandante-recurrente había incurrido en un error en la composición de las partes y que con la estimación de litisconsorcio no se subsanaría la falta de legitimación activa de la demandante-recurrente para solicitar la interpretación de un contrato en el que no había sido parte.

DUODÉCIMO.- Por providencia de 14 de diciembre de 2018 se acordó que el asunto quedara pendiente de nuevo señalamiento para deliberación y fallo.

DECIMOTERCERO.- Por providencia de 22 de febrero de 2019 se señala nuevamente para votación y fallo el 6 de marzo siguiente, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los presentes recursos, de casación y extraordinario por infracción procesal, se interponen en un litigio promovido por la compañía de seguros (QBE) que hasta las 24 h del día 2 de noviembre de 2010 había venido asegurando la responsabilidad civil y patrimonial del Servicio Madrileño de Salud (en adelante, SERMAS) frente a la aseguradora (Zurich) que asumió dicha cobertura a partir de las 00 h del día siguiente.

En la demanda se ejercitaba una acción mero declarativa para que se determinara cuál de las dos aseguradoras debía responder de las reclamaciones que se formularan durante el denominado "periodo de descubrimiento" (esto es, durante los 12 meses siguientes al cese de su vigencia) al que se aludía en la cláusula de delimitación temporal contenida en la póliza de QBE y, en particular, para que se declarase que era la entidad demandada la que debía hacerse cargo de tales reclamaciones.

Esta cuestión de fondo no fue resuelta en las instancias por apreciarse falta de legitimación de la demandante (tanto activa como pasiva según la sentencia de primera instancia, y solo activa en el caso de la sentencia de segunda instancia ahora recurrida), de modo que los dos recursos se centran en el problema de la legitimación.

No obstante, una vez iniciada la deliberación esta sala acordó oír a las partes sobre una posible falta de litisconsorcio pasivo necesario por no haberse dirigido la demanda también contra el SERMAS, y ambas partes se han opuesto a su apreciación: la demandante-recurrente, por falta de interés del SERMAS en el resultado



del pleito, y la demandada-recorrida porque el litisconsorcio no subsanaría la falta de legitimación activa de la hoy recurrente para interesar la interpretación de un contrato en el que no fue parte.

SEGUNDO.- Son antecedentes relevantes para la decisión de esta sala los siguientes:

1.- En el año 2005 el SERMAS convocó concurso público para la adjudicación de un contrato de seguro que cubriera su responsabilidad civil y patrimonial, resultando adjudicataria del mismo la aseguradora QBE Internacional Insurance Ltd (en adelante QBE), suscribiéndose entre las partes con fecha 1 de agosto de ese mismo año la póliza n.º 050081686, cuya vigencia abarcaba desde las 00 h del día 1 de agosto de 2005 hasta las 24 h del día 31 de julio de 2006. En la póliza se incluyó una cláusula de delimitación temporal de cobertura ("19. Ámbito temporal de la cobertura") del siguiente tenor:

"Serán objeto de cobertura los daños y perjuicios derivados de actos u omisiones del Asegurado ocurridos entre el 1 de agosto de 2005 y el 31 de julio de 2006 que sean reclamados al asegurador durante la vigencia del contrato que abarca desde las 00 horas del día 1 de agosto de 2005 hasta las 24 horas del día 31 de julio de 2006 o durante el periodo de descubrimiento de doce meses siguientes a la cancelación de la póliza.

"Igualmente se encontrarán cubiertos los daños y perjuicios derivados de actos u omisiones del asegurado ocurridos entre el 1 de agosto de 2003 y 31 de julio de 2005 y que sean reclamados al asegurador con posterioridad a 31 de julio de 2006 y durante el periodo de descubrimiento de doce meses siguientes a la cancelación de la póliza.

"No serán objeto del presente seguro las reclamaciones

"- Derivadas de hechos, circunstancias, acontecimientos o daños que el asegurado conociera o pudiera razonablemente haber conocido antes del 1 de agosto de 2005.

"- Que estén cubiertas por otra u otras pólizas contratadas con anterioridad a esta.

"- Que hayan sido presentadas una vez finalizado el periodo de doce meses posteriores a la cancelación del contrato".

Por acuerdo de las partes la póliza se prorrogó en dos ocasiones: la primera, hasta las 00 h del 1 de agosto de 2007, y la segunda, por dos días más, hasta las 24h del día 2.

2.- La sucursal en España de QBE resultó también adjudicataria en el concurso convocado por el SERMAS en el año 2007, suscribiéndose entre las partes con fecha 3 de agosto de ese mismo año la póliza n.º GL/000106 (doc. 15 de la demanda), en la que se centra este litigio, cuya vigencia abarcaba desde las 00 h del día 3 de agosto de 2007 hasta las 24 h del día 2 de agosto de 2009. En esta póliza se incluyó una cláusula ("19. Ámbito temporal de la cobertura") sustancialmente idéntica a la de la póliza precedente, con el siguiente contenido:

"Serán objeto de cobertura los daños y perjuicios derivados de actos u omisiones del Asegurado ocurridos entre el 3 de agosto de 2007 y el 2 de agosto de 2009 que sean reclamados al asegurador durante la vigencia del contrato que abarca desde las 00 horas del día 3 de agosto de 2007 hasta las 24 horas del día 2 de agosto de 2009 o durante el periodo de descubrimiento de doce meses siguientes a la cancelación de la póliza.

"Igualmente se encontrarán cubiertos los daños y perjuicios derivados de actos u omisiones del asegurado ocurridos entre el 1 de agosto de 2003 y 2 de agosto de 2007 y que sean reclamados al asegurador con posterioridad a 2 de agosto de 2008 y durante el periodo de descubrimiento de doce meses siguientes a la cancelación de la póliza.

"No serán objeto del presente seguro las reclamaciones

"- Derivadas de hechos, circunstancias, acontecimientos o daños que el asegurado conociera o pudiera razonablemente haber conocido antes del 3 de agosto de 2007.

"- Que estén cubiertas por otra u otras pólizas contratadas con anterioridad a esta.

"- Que hayan sido presentadas una vez finalizado el periodo de doce meses posteriores a la cancelación del contrato".

Por acuerdo de las partes la póliza se prorrogó en dos ocasiones: la primera, hasta las 24 h del 2 de agosto de 2010, y la segunda hasta las 24h del día 2 de noviembre de 2010.

3.- Convocado con el mismo fin un nuevo concurso público en 2010, del mismo resultó adjudicataria la aseguradora Zurich Insurance PLC, Sucursal en España (en adelante Zurich), suscribiéndose entre las partes, con la mediación del corredor de seguros Madrid-Willis Iberia Corred y con fecha de efecto 3 de noviembre de 2010, la póliza n.º 55416218 (docs. 8 y 9 de la contestación), cuya vigencia abarcaba desde las 00 h del día



3 de noviembre de 2010 hasta las 24 h del día 2 de noviembre de 2012. En la póliza se incluyó una cláusula ("19. Ámbito temporal de la cobertura") con el siguiente contenido:

"Serán objeto de cobertura los daños y perjuicios derivados de actos u omisiones del Asegurado ocurridos desde el 1 de enero de 2000 que sean reclamados al Asegurado durante la vigencia del contrato y que sean notificados al Asegurador.

El periodo de vigencia del contrato inicial abarca desde las 00 horas del día 3 de noviembre de 2010 hasta las 24 horas del día 2 de noviembre de 2012.

El plazo máximo de notificación al Asegurador será de seis meses desde el vencimiento de la póliza de seguro.

Para la aplicación de esta cláusula de ámbito temporal de la cobertura se tendrán en cuenta las exclusiones contenidas en el apartado 24, y en particular en el punto 20 del mismo, de este contrato.

Según la cláusula 24 ("Riesgos excluidos"), no quedaban cubiertas por la póliza:

"[...]

"24.20. Las siguientes reclamaciones:

"- Las derivadas de hechos, circunstancias, acontecimientos o daños que el Tomador del seguro conociese antes de la fecha de efecto del presente contrato, siempre y cuando fuese consciente, antes de la mencionada fecha, de la posibilidad cierta de que posteriormente se formule una reclamación.

"- Las que estén cubiertas por otra u otras pólizas contratadas con anterioridad.

"- Las que hayan sido presentadas una vez finalizado el periodo de vigencia del contrato, el periodo de notificación al Asegurador o el periodo de descubrimiento, si existiese".

4.- Todas las pólizas mencionadas se correspondían en su contenido, incluido su ámbito temporal de cobertura, con los pliegos de condiciones técnicas y cláusulas administrativas particulares correspondientes a cada uno de los concursos respectivos.

5.- Desde el comienzo de la vigencia de la última póliza, es decir, la de Zurich, QBE planteó cuál de las dos aseguradoras debía responder frente al SERMAS por las reclamaciones que se presentaran durante el primer año de vigencia de esa póliza, etapa que se correspondía con el denominado "periodo de descubrimiento" de 12 meses incluido en la póliza de QBE.

En este contexto, con fecha 2 de febrero de 2011 la corredora Willis emitió un informe "con objeto de analizar la problemática planteada por QBE en relación con la cláusula de ÁMBITO TEMPORAL DE COBERTURA y la referencia que en la misma se realiza al periodo de descubrimiento", y concluyó (folio 377 de las actuaciones de primera instancia) que Zurich había excluido expresamente de su cobertura las reclamaciones cubiertas con anterioridad y que, al hacerlo así, hubo de tomar en consideración los seguros anteriores, de tal modo que el periodo de descubrimiento contratado en las pólizas anteriores a su entrada en vigor serían de aplicación hasta que se consumieran (3 de noviembre de 2011), momento a partir del cual sí se haría cargo de las reclamaciones la segunda aseguradora.

Con fecha 14 de febrero de 2011 el Servicio Jurídico de la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid emitió un informe a petición del SERMAS (doc. 13 de la contestación) indicando que "independientemente de que en la Póliza vigente en la actualidad con ZURICH se incluya una cláusula por la que se excluyen de la misma las reclamaciones que estén cubiertas por otras pólizas contratadas con anterioridad, lo cierto es que, según lo pactado con QBE, esta debe responder por los hechos ocurridos durante la vigencia del contrato que se le reclamen durante dicha vigencia o durante los doce meses siguientes a la cancelación de la póliza" (folio 371 de las actuaciones de primera instancia).

Con fecha 13 de abril de 2011, QBE remitió una carta al SERMAS (doc. 19 de la demanda) manifestando su rechazo a asumir la cobertura de los siniestros reclamados al SERMAS a partir del día 3 de noviembre de 2010 (este día inclusive), por entender que "dichos siniestros se encuentran fuera del ámbito temporal de cobertura de la póliza suscrita, recayendo plenamente dentro del ámbito temporal de la póliza suscrita posteriormente por SERMAS con la compañía ZURICH". No obstante, en la comunicación también se decía que QBE los cubriría preventivamente para evitar perjuicios al organismo asegurado, sin perjuicio de las acciones legales oportunas contra Zurich.

Al fracasar los intentos de ambas aseguradoras de lograr una solución negociada, QBE envió a Zurich un burofax de fecha 26 de septiembre de 2012 ofreciéndole acudir a la mediación (doc. 21 de la demanda), propuesta que no tuvo respuesta.



6.- El 2 de noviembre de 2012 QBE interpuso demanda de juicio ordinario contra Zurich solicitando se declarase que correspondía a la demandada indemnizar los siniestros correspondientes a reclamaciones de fecha posterior al 2 de noviembre de 2010.

Mediante otrosí hizo la siguiente manifestación: "Dado que la controversia planteada es puramente jurídica ya que depende de la interpretación que debe hacerse de un concepto jurídico como es el " *periodo de descubrimiento* " en las pólizas tipo " *claims made* ", manifestamos que, en este estadio procesal, consideramos innecesaria la celebración de juicio".

En síntesis, alegaba: (i) que ejercitaba una acción declarativa porque el conflicto entre las partes era una cuestión puramente jurídica de interpretación contractual; (ii) que una vez entró en vigor la póliza de Zurich surgió una controversia entre esta y QBE en torno a "la cobertura de los siniestros ocurridos durante la vigencia de la póliza de QBE pero reclamados a partir de la fecha de comienzo de efectos de la póliza de Zurich"; (iii) que las partes no habían logrado alcanzar un acuerdo al respecto y QBE decidió cubrir preventivamente tales siniestros en beneficio de la asegurada sin perjuicio de las acciones legales que luego pudiera ejercitar contra Zurich; (iv) que las pólizas de ambas compañías contenían cláusulas *claim made* de delimitación temporal de cobertura por la que esta se determinaba atendiendo al momento de la reclamación, de manera que la cobertura no surgía por el daño producido a un tercero, sino por la reclamación de este al asegurado; (v) que no cabía entender "periodo de descubrimiento" como periodo de cobertura (coincidente con el "Plazo de ejecución" del pliego, para el que se exigió aval) ni como periodo de notificación, puesto que tal interpretación sería contraria a pliego del concurso e incluso a la normativa sobre contratación pública, ya que el periodo de descubrimiento es únicamente "un plazo de gracia que la aseguradora concede al asegurado una vez finalizada la cobertura con la única finalidad de evitarle hipotéticos desajustes temporales de cobertura que se puedan producir en la transición de una póliza a otra", plazo de gracia por el que no percibía contraprestación en forma de prima alguna; y (vi) que en consecuencia, como el periodo de descubrimiento no se estableció en beneficio del posterior asegurador y operaba como una obligación sujeta a condición suspensiva que no se cumplió al no darse ningún desajuste temporal en la transición de una póliza a otra, debía ser únicamente Zurich la que respondiera de las reclamaciones comprendidas en el plazo de vigencia de su póliza (iniciado el 3 de noviembre de 2010).

En los fundamentos jurídico-procesales de la demanda, en particular respecto de la legitimación, se aducía lo siguiente:

"A.1. Legitimación

"Activa: Corresponde a QBE dado que ostenta un interés legítimo en determinar el alcance de sus eventuales obligaciones surgidas del contrato suscrito en relación con las obligaciones contraídas por la entidad demandada.

"Pasiva: Corresponde a ZURICH en cuanto que al haber sucedido en el tiempo en la misma cobertura otorgada al asegurado, la controversia acerca de la interpretación de los ámbitos temporales de las respectivas pólizas debe necesariamente afectar a dicha entidad".

7.- Zurich se opuso a la demanda alegando, en síntesis: (i) que con anterioridad al concurso adjudicado a Zurich en 2010, el SERMAS había adjudicado tres concursos a QBE; (ii) que la demandante omitía en su demanda que el conflicto surgió entre ella y el SERMAS por negarse a cubrir las reclamaciones efectuadas durante el periodo de descubrimiento de su contrato, así como que por esta razón el SERMAS recabó la valoración del mediador y se emitieron dos informes, uno por los servicios jurídicos de la Comunidad de Madrid y otro por parte de la corredora Willis, todo lo cual implica que no procedía la proposición de arbitraje que QBE dirigió a Zurich porque esta era ajena a dicho conflicto; (iii) que con fecha 13 de abril de 2011 Willis remitió un correo electrónico considerando que, de acuerdo con lo dispuesto por el SERMAS, correspondía a QBE hacerse cargo de las reclamaciones que se le dirigieran durante el periodo de descubrimiento; (iv) que conforme a los arts. 1257 CC y 10 LEC, Zurich carecía de legitimación pasiva *ad causam* para soportar la acción declarativa deducida en su contra, pues se pretendía una interpretación judicial del contrato (póliza) que había dado lugar al conflicto y esto solo incumbía a las partes contratantes (SERMAS y QBE), pero no a Zurich por ser ajena al mismo; (v) que conforme a esos mismos preceptos, QBE también carecía de legitimación activa *ad causam* frente a Zurich, pues no podía interponer una acción declarativa dirigida a interpretar la póliza suscrita entre Zurich y el SERMAS en la que la demandante no era parte; (vi) que el ámbito temporal de cobertura de la póliza suscrita en 2007 por la demandante (en vigor hasta las 24 h del día 2 de noviembre de 2010) comprendía todas las reclamaciones presentadas durante su vigencia, pero también durante el periodo de descubrimiento de 12 meses posterior (es decir, hasta el 2 de noviembre de 2011) que tuvieran por objeto hechos dañosos ocurridos entre agosto de 2003 y 2 de noviembre de 2010; (vii) que el periodo de descubrimiento de 12 meses aparecía ya en la cláusula 19 del pliego de prescripciones técnicas y no se trataba de una gracia sino de algo que



ya se tuvo en cuenta para el cálculo de la prima y que constituía un beneficio para la aseguradora respecto de reclamaciones tardías por daños diferidos, y tampoco era una condición suspensiva en relación con la suscripción de pólizas posteriores, pues el nacimiento de la obligación de indemnizar se sitúa en el momento de acaecimiento del hecho o actividad causantes del daño aunque quede condicionada a la manifestación del mismo; (viii) que al tratarse de una póliza de seguro de gran riesgo, la LCS operaba como derecho supletorio de lo pactado, no rigiendo por tanto las limitaciones del art. 73 LCS; (ix) que la demanda de QBE era una reacción a la adjudicación del último concurso, pues cuando Zurich había asegurado al SERMAS antes que QBE, esta había imputado siniestros reclamados en el primer año de vigencia de su póliza de 2005 al periodo de descubrimiento de la póliza suscrita entre Zurich y el SERMAS en el año 2003.

8.- La sentencia de primera instancia, estimando las excepciones planteadas por Zurich, desestimó la demanda y condenó en costas a la demandante.

Sus razones fueron, en síntesis, las siguientes: (i) las excepciones de falta de legitimación activa y pasiva debían examinarse con carácter preliminar porque la legitimación se determina en relación con el objeto de cada proceso y esto impone atender a la tutela judicial que en concreto se pretenda; (ii) en este caso se compartía la argumentación de Zurich, pues partiendo de la existencia de dos contratos de seguro distintos (uno suscrito entre la demandante y el SERMAS y otro entre este y Zurich) y de que la acción declarativa deducida en la demanda tenía por objeto interpretar el periodo de descubrimiento incluido en el primero, esta cuestión jurídica en nada afectaba a Zurich, al ser ajena a dicho contrato, por lo que, con base en el principio de relatividad de los contratos (art. 1257 CC), ni la demandante podía obligar a Zurich a pasar por la interpretación de un contrato del que no era parte ni tampoco podía pretender que judicialmente se procediera a efectuar un estudio del contrato entre Zurich y el SERMAS, al que la demandante era ajena, debiendo resolverse la problemática en torno al periodo de descubrimiento únicamente entre la demandante y su asegurada; (iii) tampoco podía ampararse la acción declarativa de la demandante en la jurisprudencia sobre la eficacia indirecta de los contratos (cita y extracta las sentencias de 569/2012, de 9 de octubre, 747/2006, de 12 de julio, y 118/1997, de 13 de febrero), pues esta doctrina se refería a "situaciones radicalmente distintas a la del presente proceso" y "el actor no ha justificado en qué modo puede hallarse inmerso en esos terceros afectos"; (iv) cuando la jurisprudencia ha examinado la eficacia de cláusulas *claim made* lo ha hecho siempre en conflictos que enfrentaban al asegurado y a su aseguradora, no entre aseguradoras (se citan y extractan las sentencias 366/2012, de 19 de junio, 137/2013, de 17 de abril, de la AP La Rioja, sec. 1.ª, y 452/2012, de 12 de julio, de la AP Zaragoza, sec. 5.ª); (v) además, en este proceso estábamos ante un seguro de responsabilidad civil en el que las obligaciones quedaban circunscritas al asegurado y al asegurador, sin perjuicio de la acción directa del art. 76 LCS en favor del perjudicado, condición en la que no había reclamado la demandante; y (vi) por tanto, todas las cuestiones planteadas en este proceso debían dilucidarse entre QBE y el SERMAS, del mismo modo que por no ser parte QBE en el seguro suscrito entre SERMAS y Zurich no podía la demandante pretender que se dilucidasen aquí supuestos problemas de interpretación de esta segunda póliza.

9.- La sentencia de apelación, desestimando el recurso de QBE, confirmó la sentencia apelada y condenó en costas a la apelante.

Sus razones son, en síntesis, las siguientes: (i) de acuerdo con la jurisprudencia (se citan las sentencias de esta sala de 31 de mayo de 1997, 16 de mayo de 2000, 28 de febrero de 2002 y 21 de abril de 2004) la legitimación constituye una condición de orden público, apreciable de oficio, de carácter objetivo, que exige la adecuación entre la titularidad jurídica afirmada (sea activa o pasiva) y el objeto jurídico pretendido, por lo cual "el examen de cualquier pretensión pasa, necesariamente, por comprobar si existe o no la relación entre el sujeto y objeto que pueda permitir la estimación de aquella"; (ii) la sentencia de primera instancia acertó al acoger los argumentos de Zurich sobre la falta de legitimación activa *ad causam* de la demandante pues, dada la existencia de dos seguros distintos, en los que en ambos era asegurado el SERMAS, quien no ha sido demandado en este litigio a pesar de que se vería directa y claramente afectado por lo que se resolviera en el mismo ("pues el periodo de descubrimiento beneficiaría a dicho SERMAS, y, en cualquier caso, la estimación de la demanda podría determinar la exclusión genérica de la actora de dicho periodo de descubrimiento"), y dado que el principio de relatividad de los contratos del art. 1257 CC implica que el contrato solo afecta a los contratantes y no puede perjudicar a terceros, la consecuencia solo puede ser que QBE no tiene legitimación activa para "inmiscuirse" en la interpretación del contrato entre el SERMAS y Zurich, al no consistir tampoco su demanda en una reclamación frente a su asegurado ni por pagos que entendiera que no le competían; (iii) por tanto, QBE no ha probado su legitimación activa, sin que pueda argumentar en su favor que la cobertura de un póliza excluiría la de la otra pues tal cosa "no tendría por qué ser así forzosamente, siendo posible el supuesto de sobreseguro"; (iv) además, debe tenerse en cuenta que al definir lo que puede ser objeto de tutela judicial el art. 5 LEC añade en su segundo apartado que la pretensión de declaración de derechos y situaciones jurídicas se formulará ante el tribunal competente y "frente a los sujetos a quienes haya de afectar la decisión pretendida", lo que no ha sido el caso, incidiendo en ello el art. 12.2 LEC en línea sistemática con el art. 10



LEC , que solo regula la legitimación *ad causam* o de derecho material, lo que impide que se pueda hacer supuesto de la cuestión respecto de una legitimación activa previa al fondo; (v) por ello no puede entrarse en la interpretación que la demandante propone sobre el periodo de descubrimiento de su póliza, "ni resulta jurídicamente relevante la nueva documentación aportada en esta alzada"; y (vi) en conclusión, procede la desestimación del recurso y la confirmación íntegra de la sentencia recurrida porque esta se ajustó al principio de relatividad de los contratos, constituyendo el núcleo de su decisión la falta de legitimación activa de la demandante para pretender la interpretación de un contrato que solo causó efecto entre la demandada y el SERMAS (cita en su apoyo la sentencia AP León de 8 de febrero de 2011).

10.- Contra la sentencia de segunda instancia la aseguradora demandante-apelante (QBE) interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación por interés casacional en su modalidad de oposición a la doctrina jurisprudencial de esta sala, versando ambos recursos sobre la legitimación activa de la recurrente y el interés legítimo en las acciones mero declarativas.

11.- Durante el trámite de los recursos ante esta sala, ambas partes aportaron documentación complementaria al amparo del art. 271 LEC .

Con fecha 22 de diciembre de 2016 la parte recurrente aportó sentencia dictada por la sección 3.^a de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 17 de marzo de 2016 (recurso contencioso-administrativo ordinario 586/2012). Esta resolución tenía el siguiente fallo:

"Con estimación parcial del recurso contencioso-administrativo n.º 586/2012, interpuesto por Doña Adolfinia contra la desestimación presunta de la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada contra la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid por los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria prestada en el Hospital Universitario de la Princesa el día 29 de octubre de 2010, debemos:

Primero

Anular la actividad administrativa impugnada por ser disconforme a Derecho.

Segundo

Declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración demandada en los términos razonados en la presente resolución.

Tercero

Condenar a la Administración demandada, a Zurich España Cía de Seguros y Reaseguros, y a QBE, Insurance Europe Limited, Sucursal en España, a indemnizar a la actora en la suma de cuatrocientos mil euros, actualizada a fecha en la que se dicta la presente sentencia.

Cuarto

Desestimar las restantes pretensiones contenidas en el suplico de la demanda.

Quinto

Sin costas".

Esta sentencia resolvió un caso de responsabilidad patrimonial por daños sanitarios, y consta que las aseguradoras QBE y Zurich, solidariamente codemandadas junto con el SERMAS, plantearon su falta de legitimación pasiva por entender que el hecho dañoso origen de la responsabilidad patrimonial quedaba fuera de la cobertura de sus respectivas pólizas, en el caso de Zurich, porque la cirugía a la que se imputaba el daño objeto de reclamación se había llevado a cabo en el centro hospitalario el 29 de octubre de 2010, comunicándose el siniestro a QBE antes del 3 de noviembre de 2011 -es decir, en el periodo que entendía seguía bajo la cobertura de dicha aseguradora-, y en el caso de QBE, porque precisamente entendía que su póliza no cubría las reclamaciones producidas después de las 24 h del día 2 de noviembre de 2010. A este respecto la sentencia razonó, en síntesis (fundamento de derecho sexto): (i) que correspondía a QBE probar que su póliza no cubría temporalmente el siniestro, dado que la cobertura temporal indicada no se correspondía con la información de la póliza y que en todo caso, dado que la correduría comunicó el siniestro a QBE haciendo constar como fecha del mismo el 29 de octubre de 2010 y de la reclamación el 18 de octubre de 2011 (pág. 56 del expediente administrativo), "nos parece razonable presumir que la póliza se encontraba en su periodo de descubrimiento respecto de hechos ocurridos antes del 2 de noviembre de 2010, como se alega de contrario"; y (iii) que el siniestro también se encontraba cubierto por la póliza suscrita por Zurich al comprenderse dentro de su ámbito temporal, ya que esta última póliza cubría los daños y perjuicios por actos u omisiones del asegurado ocurridos desde el 1 de enero de 2000 que fueran reclamados durante la vigencia del contrato y notificados al



asegurador, siendo su periodo de vigencia desde el 3 de noviembre de 2010 hasta las 24 h del 2 de noviembre de 2012.

Consecuencia de lo anterior fue que, al apreciarse la responsabilidad patrimonial de la Administración demandada, se condenara a esta junto con las dos aseguradoras al pago de la indemnización (400.000 euros).

En trámite de alegaciones a la aportación de dicha sentencia la parte recurrida (Zurich) presentó un escrito de fecha 3 de febrero de 2017 solicitando se acordara "no haber lugar a la existencia de cosa juzgada" y acompañando varios documentos judiciales, dos de ellos referidos a la sentencia aportada de contrario y consistentes en la solicitud de complemento de la misma y el auto de fecha 5 de mayo de 2016 que la desestimó, y otros tres documentos referidos a un procedimiento contencioso-administrativo diferente en el que las aseguradoras hoy litigantes habían sido demandadas (procedimiento ordinario n.º 12/2012, seguido ante la misma Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid) y consistentes en una diligencia de ordenación de fecha 12 de febrero de 2013, el escrito de contestación a la demanda presentado por "QBE Insurance Europe Ltd" y el escrito de contestación presentado por "Zurich España Cía de Seguros y Reaseguros".

Después del auto de admisión de los recursos y en trámite de oposición a los mismos, la parte recurrida todavía aportó documental relativa al recurso contencioso-administrativo 586/2012 y consistente en un burofax de fecha 8 de mayo de 2017, una diligencia de ordenación de 25 de mayo de 2017, un fax de fecha 16 de junio de 2017 remitido por el Servicio Madrileño de Salud comunicando el pago efectuado por este organismo en ejecución de la citada sentencia de fecha 17 de marzo de 2016, una diligencia de ordenación de 21 de junio de 2017 acordando entregar mandamiento de pago a favor de la parte demandante en dicho proceso y un fax de 13 de octubre de 2017 remitido por el Servicio Madrileño de Salud comunicando que, del importe al que había sido solidariamente condenado (400.000 euros), la aseguradora QBE Insurance Europe se había hecho cargo de 200.000 euros mientras que Zurich había rechazado el pago de la otra mitad aduciendo que estaba pendiente de resolverse esta controversia, razones por las cuales aquel organismo entendía que no podía imputársele demora.

Evacuando el traslado a la parte recurrente para alegaciones, esta presentó un escrito de fecha 16 de abril de 2018 en el que sucintamente manifestó que tanto los documentos aportados el 3 de febrero como los aportados con fecha 25 de abril del año en curso debían ser inadmitidos por no tener cabida en el art. 271.2 LEC, a diferencia de la sentencia aportada por ella misma, sí relevante para la decisión a adoptar por esta sala.

12.- Tras señalarse día para la votación y fallo de los recursos, esta sala, una vez iniciada la deliberación, acordó suspenderla para oír a las partes sobre la posible falta de litisconsorcio pasivo necesario por no haberse dirigido la demanda también contra el SERMAS.

La parte demandante-recurrente ha alegado la falta de interés del SERMAS en el resultado del presente pleito y se ha opuesto a que las actuaciones se repongan al momento de la interposición de la demanda, y la parte demandada-recurrida ha alegado que no existe litisconsorcio pasivo necesario sino un "error en la composición de las partes que deben ser objeto de la demanda", y que la parte demandante, pese a las advertencias de las sentencias de ambas instancias, insiste ante esta sala en su planteamiento erróneo.

TERCERO.- Como ya se ha anticipado en el apdo. 10 del fundamento jurídico precedente, tanto el recurso extraordinario por infracción procesal como el recurso de casación se centran en la legitimación activa de la entidad demandante-recurrente que la sentencia impugnada le niega.

El recurso por infracción procesal se articula en dos motivos formulados al amparo del art. 469.1 LEC, ordinal 4.º el motivo primero y ordinal 2.º el motivo segundo. El motivo primero, fundado en infracción del art. 5 LEC en relación con el art. 24 de la Constitución, impugna la sentencia de apelación por no haberse pronunciado sobre la cuestión planteada en la demanda so pretexto de la falta de legitimación activa de la hoy recurrente, decisión que esta tacha de arbitraria, injustificada y contraria al principio *pro actione*. Y el motivo segundo, fundado en infracción de los arts. 218 LEC y 120.3 de la Constitución, impugna la sentencia por incongruente al haber entendido el tribunal sentenciador que se le estaba pidiendo una interpretación del contrato entre el SERMAS y Zurich cuando lo pedido realmente en la demanda era que se determinase cuál de las dos aseguradoras debía cubrir los siniestros correspondientes a reclamaciones posteriores al 2 de noviembre de 2012.

A su vez, el recurso de casación se articula en otros dos motivos. El primero, fundado en infracción del art. 10 LEC, impugna la sentencia de apelación por oponerse a la doctrina jurisprudencial sobre la legitimación *ad causam*, ya que la demandante hoy recurrente sí tenía un interés legítimo, por su relación con el objeto del proceso, en que se declarase cuál de las dos compañías de seguros debía responder y, por esa misma relación con el objeto del proceso, la aseguradora demandada estaba pasivamente legitimada para soportar la acción. Y el motivo segundo, fundado en infracción de la jurisprudencia sobre el interés legítimo en las



acciones declarativas, impugna la sentencia de apelación por no haber valorado adecuadamente el interés de la hoy recurrente en la tutela impetrada, "ya que la actual incertidumbre le causa un perjuicio patrimonial en la medida en que, para evitar la desprotección del SERMAS, la recurrente se ve obligada a atender *ad cautelam* las indemnizaciones que este le reclama".

La parte demandada-recurrída se opuso en su momento a ambos recursos alegando, resumidamente, que la sentencia impugnada no niega la virtualidad de las acciones meramente declarativas sino que, pura y simplemente, aprecia la falta de legitimación activa de la hoy recurrente para dirigirse contra quien no era parte en su contrato con el SERMAS generando una controversia que no afecta a la demandada-recurrída sino al SERMAS.

CUARTO.- De los propios términos y fundamentos de los recursos de la parte demandante y de la oposición a los mismos de la parte recurrída, así como de lo que ambas alegaron con ocasión de la aportación de resoluciones del orden jurisdiccional contencioso-administrativo en las presentes actuaciones, ya se desprende la posible falta de un litisconsorcio pasivo necesario por no haberse dirigido también la demanda contra el SERMAS, asegurado sucesivo de las dos aseguradoras litigantes.

Pues bien, esa posibilidad no ha venido sino a confirmarse después del trámite de audiencia abierto al efecto por esta sala, porque si bien ninguna de las partes está conforme con lo advertido por esta sala, de sus alegaciones resulta todo lo contrario: de las de la parte recurrente, porque cuando niega que una sentencia de fondo en este litigio pueda afectar al SERMAS contradice lo alegado anteriormente por ella misma sobre su compromiso de atender las reclamaciones del SERMAS, un compromiso que sería innecesario o superfluo si la sentencia no surtiera ningún efecto respecto del SERMAS; y las alegaciones de la parte demandada-recurrída, porque ella misma considera que la hoy recurrente incurrió en "un error en la composición de las partes que deben ser objeto de la demanda".

En verdad, aunque la parte recurrente reproche al tribunal sentenciador, en el motivo segundo de su recurso por infracción procesal, haber entendido erróneamente que se le estaba pidiendo una interpretación del contrato, la realidad es que era precisamente esto -y no otra cosa- lo que la hoy recurrente pedía en su demanda, porque para determinar si la demandada Zurich está o no obligada a indemnizar los siniestros por reclamaciones posteriores al 2 de noviembre de 2010, petición de la demanda, es imprescindible interpretar el concepto de "periodo de descubrimiento" incluido en todas las pólizas suscritas con el SERMAS por una u otra aseguradora conforme al correspondiente pliego de condiciones.

Buena prueba de lo anterior es que, si se prescinde de todas las alegaciones de las partes que oscurecen el objeto de la controversia, la esencia de esta se reduce a si por "periodo de descubrimiento" debe entenderse un eventual periodo de vacío entre dos pólizas que se suceden en el tiempo, interpretación de la hoy recurrente, o, como sostiene la demandada, una cobertura de futuro que como tal aparece comprendida en la cláusula relativa al "Ámbito temporal de la cobertura".

Es más, fue la propia parte hoy recurrente quien desde un principio, ya en su demanda, manifestó mediante primer otrosí que consideraba innecesaria la celebración de juicio porque la controversia planteada por ella era puramente jurídica "ya que depende de la interpretación que debe hacerse de un concepto jurídico como es el "periodo de descubrimiento" en las pólizas tipo " *claims made* "".

Que un pleito centrado en la interpretación de una cláusula de tamaño trascendencia, reiterada en todas las pólizas de grandes riesgos suscritas por el SERMAS con ambas aseguradoras, pueda sustanciarse sin la intervención como parte del propio SERMAS, máxime cuando las dos partes hoy litigantes se dirigen mutuamente reproches de haber interpretado esa cláusula de forma diferente según les conviniera en cada momento, vulneraría el apdo. 2 del art. 12 LEC de un modo tan contrario al orden público procesal que necesariamente exige en este caso la apreciación por la sala de una falta de litisconsorcio pasivo necesario siguiendo la reiterada doctrina jurisprudencial que autoriza esta decisión, aunque ninguna de las partes la hubiese propuesto, tanto bajo el régimen de la LEC de 1881 como bajo el de la LEC de 2000 (p.ej. sentencias 268/2012, de 17 de abril, 436/2012, de 28 de junio, 664/2012, de 23 de noviembre, y 318/2018, de 30 de mayo).

La parte demandante-recurrente, en el específico trámite de audiencia abierto por esta sala, ha opuesto a la apreciación de falta de litisconsorcio pasivo necesario la prohibición de hacerlo que parece desprenderse de lo que disponen los arts. 240.2 LOPJ y 227.2 LEC ("En ningún caso podrá el tribunal...").

Sin embargo, esta prohibición es más aparente que real por lo que se refiere al litisconsorcio pasivo necesario. Así lo razonó ya para un caso de condena de quien no había sido parte la sentencia 623/2011, de 20 de diciembre, y así debe reiterarse ahora, específicamente para la falta de litisconsorcio pasivo necesario, desde la perspectiva que ofrecen los arts. 241 LOPJ y 228 LEC, situados precisamente a continuación de los que establecen esa aparente prohibición.



Conforme al apdo. 2 de ambos artículos, el incidente excepcional de nulidad de actuaciones puede ser promovido no solo por "quienes sean parte legítima", sino también por quienes "hubieran debido serlo", para que se declare "la nulidad de actuaciones fundada en cualquier vulneración de un derecho fundamental de los referidos en el artículo 53.2 de la Constitución".

De ahí que, advertida por el tribunal antes de dictar sentencia la patente indefensión de quien hubiera debido ser parte legítima y no lo ha sido, carezca de sentido no declarar de oficio la nulidad de actuaciones, pues se crearía entonces una situación incierta en la que, después de dictarse una sentencia no recurrible, cabría la interposición del incidente excepcional de nulidad por quien no pudo intervenir en un asunto que le afectaba directa y necesariamente por versar sobre la interpretación de una cláusula presente en los contratos de seguro sucesivamente celebrados con las dos aseguradoras sí litigantes..

QUINTO.- En consecuencia, procede reponer las actuaciones al momento de la audiencia previa para que, conforme al art. 420 LEC, la parte demandada, en el plazo de diez días, pueda constituir el litisconsorcio con el SERMAS.

SEXTO.- Dado lo acordado por esta sala, no procede imponer las costas de los recursos a ninguna de las partes.

FALLO

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

1.º- Apreciar la falta de litisconsorcio pasivo necesario por no haberse dirigido la demanda del presente litigio, interpuesta en su día por QBE Insurance Europe Ltd. Sucursal en España contra Zurich Insurance PLC Sucursal en España, también contra el Servicio Madrileño de Salud.

2.º- Anular las actuaciones y reponerlas al momento de la audiencia previa para que en el plazo de diez días la parte demandante pueda constituir debidamente el litisconsorcio.

3.º- Y no imponer a ninguna de las partes las costas de los recursos interpuestos por la citada demandante contra la sentencia dictada el 15 de diciembre de 2015 por la sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona en el recurso de apelación n.º 776/2013.

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

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

Así se acuerda y firma.