



Roj: **SAP M 1019/2023 - ECLI:ES:APM:2023:1019**

Id Cendoj: **28079370132023100053**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **13**

Fecha: **26/01/2023**

Nº de Recurso: **371/2022**

Nº de Resolución: **51/2023**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **MARIA DEL CARMEN ROYO JIMENEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Decimotercera

c/ Santiago de Compostela, 100 , Planta 3 - 28035

Tfno.: 914933911

37007740

N.I.G.: 28.079.00.2-2019/0013171

Recurso de Apelación 371/2022 C-3

O. Judicial Origen: Juzgado de 1ª Instancia nº 63 de Madrid

Autos de Procedimiento Ordinario 157/2019

APELANTE: HISCOX S.A.

PROCURADOR D./Dña. OLGA ROMOJARO CASADO

APELADO: DECATHLON ESPAÑA, S.A.U.

PROCURADOR D./Dña. ANIBAL BORDALLO HUIDOBRO

SENTENCIA N° 51/2023

TRIBUNAL QUE LO DICTA:

ILMA SRA. PRESIDENTE:

Dña. INMACULADA MELERO CLAUDIO

ILMOS/AS SRES./SRAS. MAGISTRADOS/AS:

Dña. Mª CARMEN ROYO JIMÉNEZ

D. LUIS PUENTE DE PINEDO

VISTO, Siendo Magistrado Ponente **Dña. Mª CARMEN ROYO JIMÉNEZ**

En Madrid, a veintiséis de enero de dos mil veintitrés.

La Sección Decimotercera de la Audiencia Provincial de Madrid, compuesta por los Señores Magistrados expresados al margen, ha visto en grado de apelación los autos de Juicio Ordinario 157/2019, procedentes del Juzgado de 1ª Instancia nº 63 de Madrid, seguidos entre partes, de una, como demandante-apelado Decathlon España. S.A.U., representado por el Procurador D. Aníbal Bordallo Huidobro y asistido por el Letrado D. Jesús Manuel Carrasco de San Eustaquio, y de otra, como demandado-apelante Hiscox S.A., representado por la Procuradora Dª. Olga Romojaro Casado y asistido por el Letrado D. Joaquín Ruiz Echaury.



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia nº 63 de Madrid, en fecha 3 de febrero de 2022, se dictó sentencia, cuyo fallo es del tenor literal siguiente: *"ESTIMANDO PARCIALMENTE la demanda interpuesta por el procurador don Aníbal Bordallo Huidobro, en nombre y representación de DECATHLON ESPAÑA S.A.U. y contra HISCOX S.A. representada por la procuradora doña Olga Romojaro Casado CONDENO a la demandada a abonar a la actora la cantidad de QUINIENTOS TRECE MIL DOSCIENTOS NOVENTA Y DOS EUROS CON NOVENTA Y SEIS CÉNTIMOS 513.292'96€ más el interés legal de esta cantidad desde el 28 de diciembre de 2011 hasta el 7 de abril de 2014 e incrementados en dos puntos desde esa fecha hasta su completo pago., más los intereses del artículo 20 de la ley de Contrato de Seguro desde el 7 de abril de 2014 hasta el total y completo pago.*

Y sin hacer expresa condena de las costas causadas en este procedimiento a ninguna de las partes."

SEGUNDO.- Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la parte demandada, que fue admitido, del cual se dio traslado a la parte apelada que presentó escrito de oposición, elevándose los autos ante esta Sección en fecha 19 de abril de 2022, para resolver el recurso.

TERCERO.- Recibidos los autos en esta Sección, se formó el oportuno Rollo turnándose su conocimiento, a tenor de la norma preestablecida en esta Sección de reparto de Ponencias, y conforme dispone la Ley de Enjuiciamiento Civil, quedó pendiente para la correspondiente **deliberación, votación y fallo**, la cual tuvo lugar, previo señalamiento, el día **25 de enero de dos mil veintitrés**.

CUARTO.- En la tramitación del presente recurso se han observado todas las disposiciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el Juzgado de Primera Instancia nº 63 de MADRID se tramitó procedimiento de juicio ordinario instado por la representación procesal de DECATHLON ESPAÑA S.A.U (en adelante DECATHLON) frente a HISCOX S.A en el que se reclamaba la cantidad de 966. 513, 37 5€ más los intereses legales desde el día 28 de diciembre del 2021 hasta el día 9 de Abril de 2014 e incrementados en dos puntos desde esa fecha hasta su completo pago, más las costa, ejercitando la acción directa del artículo 76 de la LCS. La base de dicha reclamación está en que DECATHLON firmó dos contratos con la empresa INVISION SOFTWARE SYSTEM SL (en adelante INVISION) en el 2008, uno de licencia de uso de software y el otro de mantenimiento del software, en cuyos contratos se obligaba a INVISION a suscribir una póliza de seguro que cubriera la responsabilidad civil por los daños y perjuicios que pudiera causar en la ejecución de dichos contratos.

Ante el incumplimiento de los contratos, DECATHLON resolvió los contratos con INVISION en el 2010 e interpuso una demanda contra esta última reclamando las cantidades satisfechas por los contratos, más los daños y perjuicios. Demanda que se tramitó en el Juzgado de Primera Instancia nº 73 de MADRID y en la que recayó sentencia estimatoria de la demanda, confirmada por la APM el 30 de diciembre del 2015, de tal forma que se condenaba INVISION a satisfacer a DECATHLON la cantidad de 980.311,68€, más los intereses legales desde la presentación de la demanda el 28 de diciembre del 2011.

Dicha cantidad no fue abonada por INVISION, la cual se declaró en concurso voluntario, y aun cuando A DECATHLON en dicho concurso se le reconoció el crédito, no le ha sido satisfecho, salvo la cantidad de 13 798,3 € por lo que en este procedimiento dirige la acción contra la compañía aseguradora de INVISION para dichos contratos.

La representación procesal de HISCOX SA, tras resolverse dos declinatorias que fueron desestimadas, se opuso a la demanda alegando la falta de legitimidad pasiva de la sociedad demandada, ya que el contrato de seguro de responsabilidad civil para empresas IT se celebró exclusivamente entre la mercantil alemana Invision Software AG y la sucursal alemana HISCOX UNDERWRITING LIMITED, Sucursal para la República Federal de Alemania y que en la póliza de seguro y su condicionado alemán ya se fijaba que los Tribunales competentes sería los alemanes y que la ley aplicable sería la alemana . Conforme a ello no es posible en el presente caso la acción ejercitada por la actora, dado que el derecho alemán no reconoce la posibilidad de una acción directa para un caso como el que nos ocupa.

Se niega rotundamente que, en aplicación de las coberturas de la póliza de seguro de responsabilidad empresarial que nos ocupa, HISCOX deba de indemnizar a la demandante en las cifras por ella reseñadas. Dichas cifras no han tenido en cuenta los riesgos excluidos específicamente recogidos en las condiciones generales de contratación y que implican que para determinado tipo de pretensiones de terceros no se otorga cobertura y tampoco se ha tenido en cuenta algo tan habitual en el mundo asegurador como la franquicia aplicable a cada siniestro y prevista en el Certificado de Seguro Net-IT. Negando que la póliza cubra las cantidades por resolución del contrato ni los intereses, solicitando la desestimación de la demanda.



La sentencia estimó parcialmente la demanda, condenando a la demandada a satisfacer a DECATHLON la cantidad de 513 292, 96 € más los intereses legales desde el 28 de diciembre del 2011 hasta el 7 de abril del 2014 incrementados estos en dos puntos desde la fecha hasta su completo pago sin hacer expresa condena en costas.

La sentencia consideró que Hiscox S.A si estaba legitimada pasivamente, consideró que la norma aplicable era la Ley española, al no haber acreditado que la competencia de los tribunales, y la legislación aplicable fuera la alemana, y desestimó la pretensión de la actora respecto de la cantidad reclamada por resolución de contrato por no estar incluida en la póliza, estimando la cantidad reclamada en concepto de daños y perjuicios y los intereses legales por mora.

Frente a dicha resolución la representación procesal de HIXCOX interpone recurso de apelación alegando como motivos;

- Indebida apreciación por la juez a quo de la prueba del derecho **extranjero** ofrecida por mi representada al no valorar correctamente los doc. nº 6 y 7 de la contestación a la demanda informes jurídicos de dos letrados alemanes y la ratificación y comparecencia del Dr. Jesús María en juicio el 24 de noviembre de 2021, en calidad de testigo-perito.

- La Ley aplicable a la litis que la sentencia aplica el artículo 107 de la LCS cuando se debe aplicar el Convenio de Roma I artículo 7 según el cual la ley aplicable es la alemana por ser el domicilio del tomador INVISION en tanto que el condicionado general de la póliza si contiene una cláusula expresa al respecto de que debe aplicarse la Ley alemana, y dicha cláusula es válida conforme a la legislación alemana por no requerir de firma expresa como los expertos jurídicos reconocieron en sus informes jurídicos.

- Error por entender que existe acción directa del perjudicado contra la aseguradora, por ser aplicable la norma alemana en la cual no está prevista dicha acción salvo en el seguro obligatorio por accidentes de circulación.

- Por el alcance de la cobertura del seguro que no cubre los intereses de demora excluidos expresamente en la póliza y por los intereses del artículo 20 de la LCS por el dies a quo pues HISCOX no conoció el siniestro hasta que no fue emplazado en este procedimiento.

La representación procesal de DECATHLON se opuso al recurso.

SEGUNDO.- Independientemente de los motivos alegados por el recurrente es imprescindible con anterioridad a entrar en los motivos alegados en el recurso, el determinar si el condicionado general del contrato de seguro de responsabilidad civil aportado por la parte recurrente como doc. nº 4 de la contestación a la demanda es aplicable al supuesto que nos ocupa, pues en dicho documento es donde consta en la cláusula XII la aplicación del derecho alemán al que quedaban sometidas las partes.

Conforme a la sentencia objeto de este recurso dijo al respecto "En el presente supuesto el contrato fue suscrito por INVISION SOTFWARE AG como tomador del seguro, empresa matriz con domicilio social en Alemania y se aseguraba no solo la empresa matriz, sino a todas las filiales y sucursales de Europa, y entre ellas a la filial española Invision Software System S.L.. Al ser el tomador del seguro un empresario y cubrir los riesgos relativos a actividades realizadas en distintos Estados del Espacio europeo tanto por filiales como sucursales, las partes pueden elegir la ley entre cualquiera de los Estados en que esté localizado el riesgo o la de aquél en que el tomador de seguro tenga su residencia o domicilio social. La elección por las partes de la ley aplicable, cuando sea posible, deberá expresarse en el contrato. En el presente supuesto la aseguradora Hiscox S.A cuando solicitó su intervención voluntaria en el juicio declarativo ordinario y al ser requerida para aportar la póliza del contrato se limitó a aportar un Certificado de Seguro Net-It "Seguro de responsabilidad civil para empresas TI con las condiciones particulares del seguro, (identificación del tomador, riesgo asegurado, suma asegurada, franquicia fecha de comienzo y vencimiento) y los acuerdos especiales de cobertura que incluía las otras filiales y sucursales aseguradas en el que no consta expresamente el derecho al que se somete el contrato. Además, negó que existiera ningún otro documento, y es en este procedimiento cuando aporta, por primera vez como documento nº 4 las condiciones 04/2010 a las que se refiere el certificado de seguro y en la cláusula XII se establece que "A este contrato se aplicará el derecho alemán". Se ha discutido si son condiciones especiales o condiciones generales. Ignora esta juzgadora si la traducción de "condiciones especiales de cobertura" es una transcripción literal de la redacción en alemán o un error de traducción, pero no cabe duda, que se trata de condiciones generales que reúnen los requisitos que se mencionan en la STS de 9 de mayo de 2013 para ser calificadas como tales (contractualidad, predisposición, imposición y generalidad). En cualquier caso, son condiciones generales que no están expresamente firmadas y al ser impugnadas por la parte actora, incumbe a la parte demandada, de acuerdo con las normas sobre distribución de la carga de la prueba del artículo 217 de la LEC, probar que efectivamente las condiciones generales han sido debidamente incorporadas al contrato lo que exige su previo conocimiento por el tomador antes de la firma de la póliza y



que las condiciones aportadas son las que rigen el contrato. En este caso sí se identifican como condiciones 4/2010, pero no se ha probado, para que formen parte del contrato, que fueron previamente entregadas al tomador del seguro antes de la firma del certificado de seguro y que éste conocía su contenido, y no cabe presumir este hecho por la circunstancia de que el tomador sea un empresario que asegure la responsabilidad civil de su actividad profesional, pues esta póliza viene a sustituir a otra anterior que ha sido modificada, según se hace constar en el propio certificado, por la salida de una de las sociedades asegurada. Se propuso como prueba la declaración testifical del representante legal del tomador del seguro Invision AG, sin embargo, la prueba no llegó a practicarse ni se acreditó la citación del testigo.

Luego al no haberse probado que las condiciones aportadas fueran conocidas y aceptadas antes de la firma de la póliza, no forman parte del contrato y para determinar el derecho aplicable debe acudir al apartado 5 del artículo 107 de la ley de contrato de seguro, según la cual, será aplicable la ley del Estado que presente una relación más estrecha. Si una parte del contrato fuera separable del resto del mismo y presentara una relación más estrecha con algún otro Estado de los referidos en este número, podrá, excepcionalmente, aplicarse a esta parte del contrato la ley de ese Estado. Se presumirá que existe relación más estrecha con el Estado miembro del Espacio Económico Europeo en que esté localizado el riesgo.

En el presente supuesto, el contrato de seguro aseguraba la responsabilidad civil no sólo de la empresa matriz con domicilio social en Alemania, sino también la responsabilidad civil de las sociedades filiales con domicilio en varios países, luego en cuanto aseguraba a una sociedad filial española y la realización del riesgo que era objeto de cobertura tuvo lugar en España, la ley aplicable es la ley española con la que presenta más conexión. Y la ley de contrato de seguro contempla en su artículo 76 la acción directa del asegurado contra la aseguradora.

Debemos compartir lo argumentado por la Juzgadora a quo, no sólo porque sus razonamientos son acertados y ajustados a derecho, sino porque dicho pronunciamiento no ha sido objeto de este recurso de apelación, y tampoco lo fue cuando la Juzgadora resolvió la Declinatoria planteada por la parte apelante mediante Auto de 16 de febrero de 2021 ya en el razonamiento segundo, página 6, de dicha resolución dijo al respecto;

"La entidad demandada considera aplicable la excepción del artículo 13.2 del Reglamento, alegando que el derecho aplicable al contrato de seguro objeto de las presentes actuaciones es el Derecho alemán y que en este Derecho no existe la acción directa del perjudicado frente a la compañía aseguradora y todo ello lo pone en relación con el artículo 107 de la Ley de Contrato de Seguro en cuyo apartado tercero parece permitir a las partes elegir el derecho aplicable, considerando que las partes ya eligieron el sometimiento al derecho alemán según la Cláusula XII del Clausulado General de la póliza de seguro, alegación ésta que no puede ser admitida desde el momento en el que, como afirma la parte actora, no consta que las cláusulas generales aportadas por la entidad demandada (doc.4) sean las que se correspondan con el contrato de seguro al no estar firmadas y no haber sido aportadas al procedimiento de juicio declarativo ordinario seguido ante el Juzgado número 73 de Madrid a pesar de haber sido requerida su aportación en dicho procedimiento según Diligencia de Ordenación de fecha 20 de Mayo de 2013. En aquel momento HISCOX EUROPE UNDERWRITING LIMITED presentó escrito adjuntando el mismo Certificado de Seguro de Responsabilidad Civil para empresas de tecnologías de la información que ha presentado junto con la Declinatoria como documento número 3, que incluía entre sus aseguradas a InVisión, alegando que carecía de otro documento distinto a éste (doc.6).

Como señala la parte demandante, sorprende que ahora la parte que formula la Declinatoria pretenda alegar el sometimiento al Derecho alemán del contrato de seguro, sobre la base de lo dispuesto en unas Condiciones Generales cuya existencia fue negada durante el Procedimiento Ordinario 1821/2011 seguido ante el Juzgado de Primera Instancia número 73 de Madrid, entre InVisión y la ahora demandante y que ahora pretenden identificar con las que se aportan junto con el escrito de declinatoria sin acreditación suficiente sobre su autenticidad y correspondencia con el contrato de seguro.

En definitiva, no estando acreditado que las partes eligieran el sometimiento al derecho alemán, sería de aplicación lo determinado en el apartado 5 del artículo 107 del Contrato de Seguro, que establece que: "Si faltare la elección, el contrato se regirá por la Ley del Estado de entre los mencionados en los números 2 y 3 de este artículo con el que presente una relación más estrecha. (...) Se presumirá que existe relación más estrecha con el Estado miembro del Espacio Económico Europeo en que esté localizado el riesgo."

Es decir, en dicha resolución ya se pronunció la Juzgadora sobre la aplicación del derecho alemán al caso que nos ocupa, la cual no dio validez probatoria al condicionado general de la póliza de seguros en el que se fundamentaba la Declinatoria, sin que dicha resolución fuera objeto de recurso de reposición, ni constituya dicho pronunciamiento motivo del recurso de apelación que nos ocupa todo ello en base al artículo 66,2 de la LEC, por tanto dicho pronunciamiento es firme.

TERCERO.- En este punto no cabe entrar en los motivos del recurso de apelación que tienen relación con la aplicación del derecho alemán así como de su interpretación y contenido, pues estos carecen de objeto



cuando se niega la validez del documento en el que se pactaba el sometimiento al derecho alemán. Únicamente podremos entrar en el tema de los intereses de demora que según la parte apelante no quedaban cubiertos por la póliza y por los intereses del artículo 20 de la LCS respecto del dies a quo, que considera que debe ser desde que conoció el siniestro, es decir, en la fecha en que fue emplazado en este procedimiento.

En cuanto a que los intereses están excluidos de la póliza de seguro de responsabilidad civil, la sentencia objeto de recurso desestimó dicha pretensión alegando "Esta exclusión se incluye en unas condiciones generales que no están expresamente firmadas ni aceptadas sería una cláusula limitativa de los derechos pues si no existiese esta cláusula, la cobertura del seguro se extendería a toda indemnización de daños y perjuicios y en este concepto deben incluirse los intereses de demora que devenguen la indemnización concedida, y por ello es reclamable a la aseguradora".

Efectivamente coincidimos con la Juzgadora a quo que la exclusion de los intereses de demora no consta en el condicionado particular del contrato de seguro aportado como doc. nº 14 de la demanda y 3 de la contestación. El hecho de que según los peritos confirmen que en el derecho alemán los intereses de demora estén excluidos en los seguros de responsabilidad civil y no están cubiertos por dicho seguro, tampoco puede ser motivo de estimación del recurso toda vez que ya se ha dicho que derecho alemán no es el aplicable, por lo tanto los intereses de demora deben ser considerados como parte de los daños y perjuicios causados a la parte perjudicada por el incumplimiento del deber de pagar lo que es objeto del seguro, siendo reclamable a la aseguradora.

Tampoco cabe estimar el motivo por el dies a quo respecto de los intereses del artículo 20 de la LCS, pues si bien es cierto que al penalizar dicho precepto la mora en el cumplimiento de la obligación del asegurador, la mora debe apreciarse desde que la aseguradora conoció el siniestro, y en razón de ello pudo cumplir con su obligación. Pues bien, en este caso, la Juzgadora a quo ya tuvo en cuenta dicha situación, y por ello fijó el dies a quo desde la fecha en que se dictó la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 73 de Madrid y se fijó el importe de la indemnización de daños y perjuicios en tanto que la parte apelante al haber intervenido en dicho procedimiento de forma voluntaria, conoció el contenido de la sentencia y pudo perfectamente haber consignado la cantidad a la que por la póliza de seguro le obligaba, por lo tanto el pronunciamiento también es ajustado a derecho.

CUARTO.- La Sala en uso de su función revisora que le es propia (artículo 456 de la LEC) examinado el contenido de las actuaciones y a tenor de las alegaciones de la parte apelante contenidas en su escrito de recurso, acepta los razonamientos jurídicos contenidos en la sentencia apelada, motivación que se considera suficiente y que ha de darse por reproducida a los efectos de su confirmación por no quedar aquella desvirtuada por las alegaciones del apelante. En tal sentido, puede y debe, este Tribunal remitir a dicha fundamentación a los fines de dar cumplimiento a la obligación que el artículo 120,3 de la Constitución Española impone a los Jueces y Tribunales, cual es la de dar a conocer a las partes las razones de su decisión, obligación que igualmente se contiene en el artículo 218 de la LEC. Al respecto debe recordarse que tanto el doctrina dimanante del TC (sentencias 174/1987, 11/1995, 24/1996, , 1157/1996, 105/97, 231/97, 36/98, 116/98, 181/98, 187/200) como del TS (sentencias (3 y 23 de febrero , 28 de marzo, 30 de marzo, 9 de junio, 21 de julio de 2000 y 2 y 23 de noviembre de 2001) permite y admite la motivación por remisión a una resolución anterior, cuando la misma haya de ser confirmada y precisamente porque en ella se exponían argumentos correctos y bastantes que fundamentasen en su caso la decisión adoptada, de forma que en tales supuestos, como precisa la STS de 20 de octubre de 1997, subsiste la motivación de la sentencia de instancia puesto que la asume explícitamente el Tribunal de segundo grado.

QUINTO.- Las costas se impondrán a la parte apelante conforme al artículo 394 y 398 de la LEC.

FALLO

Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de HISCOX S.A frente a la sentencia dictada por la titular del Juzgado de Primera Instancia nº 63 de MADRID en fecha 3 de febrero del 2022 la cual confirmamos íntegramente con imposición de costas a la parte apelante.

La desestimación del recurso conlleva la pérdida del depósito constituido para recurrir, según se establece en el apartado nueve de la disposición adicional decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Contra esta sentencia cabe recurso de casación, siempre que la resolución del recurso presente **interés casacional**, con cumplimiento de los requisitos formales y de fondo de interposición, y recurso extraordinario por infracción procesal, ambos ante la Sala Primera del Tribunal Supremo, los que deberán interponerse ante este Tribunal en el plazo de **VEINTE** días desde el siguiente al de la notificación de la sentencia. No podrá presentarse recurso extraordinario por infracción procesal sin formular recurso de casación.



Haciéndose saber a las partes que al tiempo de la interposición de los mismos, deberán acreditar haber constituido el depósito que, por importe de **50 €por cada tipo de recurso**, previene la Disposición Adicional Decimoquinta de la L.O.P.J., establecida por la Ley Orgánica 1/09, de 3 de noviembre, sin cuyo requisito, el recurso de que se trate no será admitido a trámite.

Dicho depósito habrá de constituirse expresando que se trata de un "Recurso", seguido del código y tipo concreto de recurso del que se trate, en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sección abierta con el nº 2580, en la sucursal 3569 del Banco de Santander, sita en la calle Ferraz nº 43.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

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.

FONDO DOCUMENTAL CENDUJ