



Roj: **SAP M 4750/2024 - ECLI:ES:APM:2024:4750**

Id Cendoj: **28079370112024100115**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **11**

Fecha: **22/03/2024**

Nº de Recurso: **700/2022**

Nº de Resolución: **142/2024**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **LUIS AURELIO SANZ ACOSTA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Undécima

C/ Santiago de Compostela, 100 , Planta 2 - 28035

Tfno.: 914933922

37007740

**N.I.G.:** 28.079.00.2-2017/0131235

**Recurso de Apelación 700/2022**

**O. Judicial Origen:** Juzgado de 1ª Instancia nº 15 de Madrid

Autos de Procedimiento Ordinario 676/2017

**APELANTE:** ALLIANZ VERSICHERUNGS AKTIENGESELLSCHAFT

PROCURADORA Dña. RAQUEL DIAZ UREÑA

**APELADO:** MAPFRE ESPAÑA, COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS, S.A.

PROCURADOR D. FEDERICO RUIPEREZ PALOMINO

D. Emiliano

PROCURADORA Dña. MARIA DEL ANGEL SANZ AMARO

**SENTENCIA N° 142/24**

**TRIBUNAL QUE LO DICTA:**

**ILMO/A SR./SRA. PRESIDENTE:**

D. CESÁREO DURO VENTURA

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

D. LUIS AURELIO SANZ ACOSTA

D. JOSE IGNACIO ZARZUELO DESCALZO

En Madrid, a veintidós de marzo de dos mil veinticuatro.

La Sección Undécima de la Ilma. Audiencia Provincial de esta Capital, constituida por los Sres. que al margen se expresan, ha visto en trámite de apelación los presentes autos civiles Procedimiento Ordinario 676/2017 seguidos en el Juzgado de 1ª Instancia nº 15 de Madrid como parte apelante **ALLIANZ VERSICHERUNGS AKTIENGESELLSCHAFT**, representada por la Procuradora Dña. RAQUEL DIAZ UREÑA y de otra como apelados **MAPFRE ESPAÑA, COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS, S.A.** representada por el Procurador D. FEDERICO RUIPEREZ PALOMINO y D. **Emiliano** , representada por la Procuradora Dña. MARIA DEL ANGEL



SANZ AMARO, como partes apeladas; todo ello en virtud del recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia dictada por el mencionado Juzgado, de fecha 21/10/2021.

VISTO, Siendo Magistrado Ponente **D. LUIS AURELIO SANZ ACOSTA**

## I.- ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Por el Juzgado de 1ª Instancia nº 15 de Madrid se dictó Sentencia de fecha 21/10/2021, cuyo fallo es del tenor siguiente:

*"Que ESTIMANDO EN PARTE la demanda presentada por Emiliano frente a ALLIANZ VERSICHERUNGS AG y MAPFRE EMPRESAS COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.,*

*1.- Debo absolver y absuelvo a MAPFRE de los pedimentos formulados contra la misma.*

*2.- Debo condenar y condeno a la demandante al pago de las costas causadas a MAPFRE.*

*3.- Debo condenar y condeno a ALLIANZ VERSICHERUNG AG a indemnizar al demandante de los daños y perjuicios causados, teniendo como referencia el baremo RDL 8/2004 más los intereses del artículo 20 de la LCS desde la fecha de ocurrencia del siniestro, el 11 de mayo de 2015, consistentes en:*

*a. 105 días improductivos.*

*b. 60 días no improductivos.*

*c. Pérdida de visión - 20 puntos.*

*d. Agravación trastorno mental - 5 puntos.*

*e. Perjuicio estético ligero - 6 puntos.*

*f. Pérdida de calidad de vida - 10.000 euros.*

*4. No se hace especial condena en costas respecto a ALLIANZ VERSICHERUNGS AG."*

**SEGUNDO.-** Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la representación de ALLIANZ VERSICHERUNGS AG, que fue admitido a trámite, dándose traslado del mismo a la parte contraria. La representación de don Emiliano presentó escrito oponiéndose al referido recurso, y, en su virtud, previos los oportunos emplazamientos, se remitieron las actuaciones a esta Sección, sustanciándose el recurso por sus trámites legales.

**TERCERO.-** En la tramitación de este procedimiento se han observado las prescripciones legales.

## II.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS

**PRIMERO.-** En el escrito inicial que encabeza este procedimiento, se promovió por la representación procesal de D. Emiliano demanda de juicio ordinario contra las entidades ALLIANZ VERSICHERUNGS Ag y MAPFRE, en ejercicio de sendas acciones directas ex. art. 76 de la Ley del Contrato de Seguro, en reclamación de la cantidad de 87.292,48 €, en concepto de indemnización, por los daños causados tras un desprendimiento de retina en su ojo derecho, con resultado de pérdida total de la visión del mismo, sufriendo atrofia del nervio óptico, de la que son responsables las aseguradas de las demandadas.

La sentencia, desestima la demanda respecto de Mapfre, con imposición de costas a la actora y estima en parte la demanda respecto de ALLIANZ VERSICHERUNGS Ag, en este caso sin imposición de costas a ninguna de las partes.

Disconforme ALLIANZ VERSICHERUNGS Ag, se formula recurso de apelación alegando en síntesis, los siguientes motivos:

1º.- Unidad de siniestros y suma asegurada. Opera la Cláusula delimitadora del objeto asegurado en el seguro concertado entre Allianz y la fabricante, conforme a la cual la prestación de la indemnización queda limitada a las sumas aseguradas contratadas y que las contingencias aseguradas se considerarán un único siniestro cuando tratándose de suministro de mercancías, tengan los mismos defectos, de modo que siendo un único siniestro todas las reclamaciones derivadas de la utilización del producto, el límite cuantitativo establecido en la póliza es de 3 millones de euros.

2º.- Se dice que hay una errónea integración del Convenio de Roma II y el clausulado - cláusula 32 - en cuanto al régimen aplicable, que es el alemán y que excluye el ejercicio de la acción directa frente a la aseguradora en tanto no exista un reconocimiento de deuda por parte del asegurado o un título ejecutivo. Primero ha



de dirigirse contra el asegurado/tomador, en este caso el fabricante y aquí no se ha dirigido a ALAMEDICS. Subsidiariamente estamos ante un conflicto de normas en el ámbito comunitario que requeriría resolución del TJUE por vía de aclaración.

3º.- Reitera la prescripción de la acción, al transcurrir el plazo de un año del artículo 1968 Cc, no siendo aplicable el plazo de prescripción de tres años que refiere la sentencia. Además en cuanto al dies a quo difiere de la sentencia pues no sería el día 21 de febrero de 2017, cuando ya el 26 de octubre de 2015 lo sabía, como se deduce de un documento de la demanda y en ese sentido habría transcurrido incluso el plazo de tres años

4º.- Alega que los defectos del producto resultaron indetectables de acuerdo al estado de la técnica en su fabricación

5º.- En cuanto a los intereses del art. 20 de la LCS, entiende que deben devengarse desde que la demandada tuvo conocimiento del pleito, ósea desde el día 31 de octubre de 2019, fecha en que fue emplazada que fue emplazada

Por la demanda D. Emiliano se solicita la desestimación del recurso de apelación y la confirmación de la sentencia dictada.

**SEGUNDO.-** Ciertamente la cláusula 6 de las Condiciones Generales prevé que "la prestación de indemnización por nuestra parte se limita, en cada acaecimiento de la contingencia asegurada, a las sumas aseguradas contratadas". y en su apartado 6.3 establece que "Diversas contingencias aseguradas acaecidas durante la vigencia del seguro contarán como un único siniestro, cuando estas se deban a: (...) al suministro de mercancías que tengan los mismos defectos". Por tanto, se alega que ha de considerarse un solo siniestro todos los casos que hayan podido plantearse por la utilización de los lotes del producto, asegurándose de manera global los daños personales en 3 millones de euros.

Sin embargo, como con acierto aprecia la sentencia apela no se ha practicado prueba alguna que acredite el pago de otros siniestros, de modo que tampoco consta que el eventual importe que en su caso hubiera satisfecho la aseguradora por la misma utilización de perfluorooctano pudiera alcanzar el límite asegurado. Pero es que además, aunque ciertamente se estipula una suma asegurada de 3 millones de euros, también consta en la póliza que la suma asegurada para todas las contingencias aseguradas dentro de la anualidad del seguro es de 9 millones de euros, sin que la aseguradora haya aportado prueba o dato alguno que permita concluir que se está ante un único siniestro en los términos expresados en la póliza de seguro.

Hubiera sido muy sencillo para la fabricante y su aseguradora reconocer la negligencia y reparar a todos los afectados en proporción teniendo en cuenta esa limitación de la suma asegurada.

Por último, la argumentación añadida en el recurso relativa al art. 109 del Código de Seguro alemán que invoca, conforme al cual cuando se supere el máximo asegurado se habrán de satisfacer todas las indemnizaciones de forma proporcional, tampoco puede ser atendida, pues, tal como desarrollamos a continuación el Derecho alemán resulta inaplicable.

**TERCERO.-** Reitera en su recurso la aseguradora apelante la aplicabilidad del Derecho alemán por remisión de la cláusula 32 de la póliza suscrita por Alamedics, en los términos ya alegados en su contestación a la demanda, si bien añade que la cláusula que así lo prevé es delimitativa y oponible como tal a terceros.

Dando por reproducidos los razonamientos de la sentencia apelada, procede rechazar el motivo ahora examinado del recurso por ser inaplicable el Derecho alemán en el presente caso.

La aseguradora alega que la sentencia apelada integra inadecuadamente el Reglamento CE, **864/2007** de 11 de julio, Roma II, sin embargo el mismo, como dispone su art. 1.1, es de aplicación en caso de reclamación de responsabilidad extracontractual civil y mercantil en que exista un conflicto de leyes, como es aquí el caso puesto que estamos ante la reclamación de una responsabilidad nacida en el marco de un contrato, o en términos de las SSTJCE C-189/87, C-261/90, C-51/97, C-96/00; C-334/00; C-167/00, de una relación libremente establecida entre las partes o por una parte frente a la otra. Asimismo, en particular es aplicable lo dispuesto en el art. 4.1 de dicho Reglamento conforme al cual "la ley aplicable a una obligación extracontractual que se derive de un hecho dañoso es la del país donde se produce el daño". En definitiva, la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales en caso de lesiones personales es la del país donde se produce el daño directo que es aquel en el que se haya sufrido la lesión y que en el caso es España. Por su parte establece el art. 5.1 relativo a la responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos que: "Sin perjuicio del artículo 4, apartado 2, la ley aplicable a la obligación extracontractual que se derive en caso de daño causado por un producto será: a) la ley del país en el cual la persona perjudicada tuviera su residencia habitual en el momento de producirse el daño, si el producto se comercializó en dicho país", lo que también lleva concluir que la ley aplicable es la española. Por su parte el art. 15 incardinado en las normas comunes del Reglamento establece



que "[l]a ley aplicable a la obligación extracontractual con arreglo al presente Reglamento regula, en particular: a) el fundamento y el alcance de la responsabilidad, incluida la determinación de las personas que puedan considerarse responsables por sus propios actos; b) las causas de exoneración, así como toda limitación y reparto de la responsabilidad; c) la existencia, la naturaleza y la evaluación de los daños o la indemnización solicitada;...".

En consecuencia, siendo de aplicación la ley española, a los efectos de la acción frente a la aseguradora hay que estar a lo dispuesto en el art. 76 de la LCS que reconoce al perjudicado acción directa contra la misma.

No obstante, en cualquier caso, la acción directa frente a la entidad aseguradora también resulta del propio Reglamento **864/2007** al disponer en su art. 18 -también integrante de las normas comunes- que "[l]a persona perjudicada podrá actuar directamente contra el asegurador de la persona responsable para reclamarle resarcimiento si así lo dispone la ley aplicable a la obligación extracontractual o la ley aplicable al contrato de seguro".

Por tanto la cláusula de contractual de sumisión al Derecho alemán no puede prevalecer sobre las normas de conflicto establecidas en normativa del Derecho de la Unión Europea que son imperativas, y en especial las previstas en sus Reglamentos, que son vinculantes y producen efecto directo y por ello son de aplicación en las relaciones entre particulares, tal como así se desprende del art. 288 TFUE al disponer que "El reglamento tendrá un alcance general. Será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro". Por lo tanto, una cláusula contractual no puede derogar o contradecir las normas -en este caso de conflicto- imperativas del Derecho de la Unión, ni tampoco prevalecer sobre éstas. Por otra parte, una cláusula como la estipulada en la póliza suscrita con Allianz Alemania tal puede ser de preferente aplicación sobre unos preceptos también imperativos del Derecho español, como lo es el citado art. 76 que prevé la acción directa, la cual, es inmune a las excepciones que puedan corresponder a la aseguradora frente a su asegurado y solo puede oponer la culpa exclusiva de la víctima o las excepciones personales que pudiera tener contra ella.

Por lo demás, aunque es cierto que la aseguradora puede oponer frente al perjudicado las excepciones objetivas, lo que alcanza a las cláusulas que definen el riesgo asegurado y a la cobertura del seguro, no lo es menos que la cláusula 32 del contrato no delimita el riesgo objeto de cobertura. Esta cláusula no tiene por finalidad concretar el riesgo objeto del contrato concretando aquellos que quedan cubiertos, en qué cuantía, durante qué plazo y en qué ámbito espacial, que es la esencia de las cláusulas definitorias del riesgo, sino que tiene por objeto determinar la ley aplicable en la relación contractual, cuyo contenido, no puede prevalecer frente a las normas imperativas aplicables del Derecho de la Unión Europea, ni por remisión al del Derecho español, ni es por ello oponible al tercero perjudicado.

El mismo criterio es seguido en las SSAP Madrid, Secc. 9ª, de 14 de marzo de 2022 ( ROJ: SAP M 3105/2022); Secc. 20ª, de 7 de mayo de 2020 ( ROJ: SAP M 3518/2020); y Secc. 9ª, de 10 de diciembre de 2019 ( ROJ: SAP M 16074/2019).

**CUARTO.-** En cuanto a la prescripción, es evidente que la prescripción es de tres años no de uno, al tratarse de la responsabilidad del fabricante, conforme se establece en la Ley de Consumidores y Usuarios de 16 de diciembre de 2007. Ese plazo no puede ser distinto en el caso de la acción contra la aseguradora.

Por otro lado, la comunicación del origen del daño al actor se realizó el 21-2-17 (que es cuando se le comunicó de la AEMPS que el producto era el causante de la pérdida de la visión) y la demanda es del 13 de julio de 2017. Del documento 2 de la demanda -historial médico del Instituto- no se desprende un conocimiento del origen del daño, pues solo se hace constar por el médico: "hablo con el de la posibilidad de que se haya utilizado un perflorocarbono", de lo que no se infiere claramente que se le informara de que ese sea el origen del daño. Por eso, este motivo debe también rechazarse.

**QUINTO.-** En cuanto a la relación causal, frente a lo alegado por la recurrente coincidimos con la Juez a quo también en que la relación de causalidad entre la aplicación del perfluorocarbono (producto sanitario ALA OCTA) y el daño producido ha quedado debidamente acreditada.

La ahora apelante admite que en la intervención tras el desprendimiento de retina del ojo derecho fue utilizado el perfluorocarbono de Alamedics. No existe duda de que la atrofia del nervio óptico fue provocada por la utilización de ese producto según se desprende de las pruebas practicadas, producto que fue retirado por parte de la Agencia Española del Medicamento y Productos Sanitarios posteriormente a su utilización en la intervención quirúrgica de desprendimiento de retina practicada en el presente caso.

Sostiene la apelante que los defectos en el producto sanitario resultaban indetectables de acuerdo con el estado de la técnica por cuanto cumplió todos los requisitos exigidos por la legislación comunitaria y española previos a la puesta en circulación del producto, así como el estudio de toxicidad.



Sin embargo, dichos extremos no son puestos en duda, ya que la responsabilidad apreciada no deriva del producto fabricado por Alamedics en sí mismo, en tanto de no haber pasado los controles vigentes para su puesta en circulación en el mercado, no hubiera sido utilizado en los Hospitales. Por el contrario, la responsabilidad nace de la fabricación de lotes concretos del producto defectuosos, que eran citotóxicos y cuya aplicación en el caso fue causante de los daños acreditados ocasionados al aquí apelado. El 137.1 del TRLGDCU dispone que: "se entenderá por producto defectuoso aquél que no ofrezca la seguridad que cabría legítimamente esperar, teniendo en cuenta todas las circunstancias y, especialmente, su presentación, el uso razonablemente previsible del mismo y el momento de su puesta en circulación" y como declara la STS de 1 de marzo de 2021 ( ROJ: STS 758/2021 ) "El cumplimiento de las normas de seguridad y la obtención de los correspondientes marcados "CE" permite comercializar los productos y evitar sanciones administrativas, y aun penales, pero no impide que un producto pueda defraudar las expectativas legítimas de seguridad y, en tal caso, si causa daños, el productor debe responder. De hecho, el art. 140.1.d) TRLGDCU permite al productor exonerarse de responsabilidad probando que "el defecto se debió a que el producto fue elaborado conforme a normas imperativas existentes", de modo que no puede exonerarse por el cumplimiento de las normas, sino solo cuando el defecto sea consecuencia precisamente del cumplimiento de ciertas exigencias legales".

Que en el presente caso el producto era defectuoso en el sentido de la doctrina expresada resulta indiscutible y queda evidenciado en la actualización de la información sobre el producto emitido por la AEMPS el 15 de julio de 2016, en cuanto expresa que se encontraron deficiencias en los controles de la materia prima y de los lotes fabricados y además el proceso de fabricación tampoco garantizaba la calidad del producto terminado, al no realizarse controles sistemáticos de la materia prima ni incluir proceso de purificación. Además, la fabricación y existencia de otros lotes distintos del producto que cumplían los indicadores de calidad y seguridad y no eran tóxicos, pone de manifiesto que, en lo que a los lotes defectuosos se refiere y en particular aquel en que estaba incluido el producto utilizado en la intervención quirúrgica del ahora apelado, el estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes en el momento de su puesta en circulación permitía apreciar la existencia del defecto.

**SEXTO.-** Los intereses del art. 20 de la LCS sancionan el impago de la correspondiente indemnización que proporciona la restitución íntegra del derecho o interés legítimo del perjudicado, y como se desprende de la STS de 14 de julio de 2013 ( ROJ: STS 3556/2014), con cita de otras, para su aplicación se debe atender, fundamentalmente, a la certeza de la deuda u obligación aunque se desconociera su cuantía ya que "en caso contrario el deudor se vería favorecido por el hecho de mantener en su patrimonio la cantidad adeudada, obteniendo de ella los correspondientes frutos o intereses, en perjuicio del acreedor que se vería perjudicado por la tardía satisfacción de su crédito". Entre otras, la STS de 30 de mayo de 2018 ( ROJ: STS 2015/2018) declara que "la mora de la aseguradora únicamente desaparece cuando de las circunstancias concurrentes en el siniestro o del texto de la póliza surge una incertidumbre sobre la cobertura del seguro que hace precisa la intervención del órgano jurisdiccional ante la discrepancia existente entre las partes al respecto, en tanto dicha incertidumbre no resulta despejada por la resolución judicial,... el derecho a la indemnización nace con el siniestro, y la sentencia que finalmente fija el "quantum" tiene naturaleza declarativa, no constitutiva, es decir, no crea un derecho "ex novo" sino que se limita a determinar la cuantía de la indemnización por el derecho que asiste al asegurado desde que se produce el siniestro cuyo riesgo es objeto de cobertura. No se trata, en definitiva, de la respuesta a un incumplimiento de la obligación cuantificada o liquidada en la sentencia, sino de una obligación que es previa a la decisión jurisdiccional, que ya le pertenecía y debía haberle sido atribuido al acreedor ( sentencias 329/2011, de 19 de mayo; 632/2011, de 20 de septiembre 2011; 117/2013, de 25 de febrero; 116/2015, de 3 de marzo ". Así el apartado tercero del art. 20 establece que "Se entenderá que el asegurador incurre en mora cuando no hubiere cumplido su prestación en el plazo de tres meses desde la producción del siniestro o no hubiere procedido al pago del importe mínimo de lo que pueda deber dentro de los cuarenta días a partir de la recepción de la declaración del siniestro". Y el apartado octavo que "No habrá lugar a la indemnización por mora del asegurador cuando la falta de satisfacción de la indemnización o de pago del importe mínimo esté fundada en una causa justificada o que no le fuere imputable".

En el presente caso la indemnización pretendida resultaba sin lugar a duda alguna procedente y las causas de oposición de la aseguradora no son atendibles y no pueden entenderse justificativas del impago. Además, no pago ni una mínima cantidad no la pagó, ni consignó lo más mínimo en ningún momento. Nada.

En consecuencia, no cabe apreciar ninguna de las causas que permiten la exoneración del pago de los intereses previstos en el art. 20 de la LCS.

Y naturalmente, los intereses se devengan desde el siniestro, en estricta aplicación del referido precepto, que así lo establece en su apartado sexto.

En definitiva, procede desestimar en su totalidad el recurso y confirmar la sentencia de instancia.



**SÉPTIMO.-** De conformidad con el Art. 398 en relación del Art. 394, ambos de la L.E.C. las costas de esta alzada se imponen a la parte apelante al desestimarse el recurso.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

### III.-FALLAMOS

Que desestimando el recurso interpuesto por la representación procesal de **ALLIANZ VERSICHERUNGS Ag** contra la sentencia número 287-21 dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 15 de Madrid, en fecha 21 de octubre de 2021, en los autos 676-17, se **CONFIRMA** la misma en todos sus extremos con imposición a la recurrente de las costas causadas.

La desestimación del recurso determina la **pérdida del depósito** constituido, de conformidad con lo establecido en la *Disposición Adicional 15ª de la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio, del Poder Judicial*, introducida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial.

**MODO DE IMPUGNACION:** Contra esta Sentencia podrá interponerse recurso de casación ( Art. 477 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Civil), en el plazo de veinte días y ante esta misma Sala, previa constitución, en su caso, del depósito para recurrir previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, debiendo ser consignado el mismo en la cuenta de depósitos y consignaciones de esta Sección, abierta en BANCO DE SANTANDER, con el número de cuenta 2578-0000-00-0700-22, bajo apercibimiento de no admitir a trámite el recurso formulado.

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.