

**AUDIENCIA PROVINCIAL
SECCIÓN SEXTA
ALICANTE**

NIG: 03122-41-1-2019-0000500

Procedimiento: **RECURSO DE APELACION (LECN) Nº 001009/2022-**

Dimana del Nº 000175/2019

Del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA E INSTRUCCIÓN Nº 3 DE SAN VICENTE DEL RASPEIG

Apelante/s: ALLIANZ VERSICHERUNGS AKTIENGESELLSCHAFT (ALLIANZ ALEMANIA

Procurador/es: ALEJANDRA DA CRUZ RENEDO

Letrado/s: EDUARDO FORTE BERRIER

Apelado/s: JOAQUIN SAEZ GARRIDO

Procurador/es : ALEJANDRA DA CRUZ RENEDO

Letrado/s: EDUARDO FORTE BERRIER

Rollo de apelación nº 001009/2022.-

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA E INSTRUCCIÓN Nº 3 DE SAN VICENTE DEL RASPEIG.

Procedimiento .

SENTENCIA Nº 000118/2024

Iltmas Sras y Sr.

Doña Maria Dolores López Garre.

Doña Encarnación Caturla Juan.

Don Carlos Javier Guadalupe Forés.

En ALICANTE, a diez de abril de dos mil veinticuatro.

La Sección Sexta de la Audiencia Provincial de esta Ciudad de Alicante, integrada por los Iltmos. Srs. expresados al margen ha visto, en grado de apelación, Rollo de la Sala nº 001009/2022 los autos de seguidos en el JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA E INSTRUCCIÓN Nº 3 DE SAN VICENTE DEL RASPEIG en virtud del recurso de apelación entablado por la parte DEMANDADA ALLIANZ VERSICHERUNGS AKTIENGESELLSCHAFT (ALLIANZ ALEMANIA) que han intervenido en esta alzada en su condición de **recurrente**, representada por la Procuradora ALEJANDRA DA CRUZ RENEDO y defendida por el Letrado EDUARDO FORTE BERRIER y siendo **apelada** la parte demandante JOAQUIN SAEZ GARRIDO representado por la Procuradora ALEJANDRA DA CRUZ RENEDO y defendido por el Letrado EDUARDO FORTE BERRIER.

ANTECEDENTES DE HECHOS.

Primero.-Por el JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA E INSTRUCCIÓN Nº 3 DE SAN VICENTE DEL RASPEIG y en los autos de Juicio en fecha 09/05/2022 se dictó la sentencia nº 94/22 cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

"Que DEBO DESESTIMAR y DESESTIMO las EXCEPCIONES DE FALTA DE LEGITIMACION PASIVA y de PLUSPETICION planteadas por la demandada. Que DEBO ESTIMAR y ESTIMO la demanda interpuesta por la Procuradora Sra DA CRUZ RENEDO, en nombre y representación procesal de D. JOAQUIN SAEZ GARRIDO frente a COMPAÑIA DE SEGUROS ALLIANZ VERSICHERUNGS AKTIENGESELLSCHAFT (ALLIANZ ALEMANIA), y:

- DEBO CONDENAR y CONDENO a la demandada, al pago a la parte actora, del importe de 150.000 euros; más los intereses del artículo 20LCS desde la ocurrencia del siniestro (18/12/2014); y al pago de las costas."

Segundo.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de apelación en tiempo y forma por la representación de la parte DEMANDADA siendo tramitado conforme a lo dispuesto en los artículos 457 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con traslado del mismo a la parte demandante por término de diez días, remitiéndose las actuaciones seguidamente a esta Iltma. Audiencia Provincial, Sección Sexta, donde se formó el correspondiente rollo de apelación nº001009/2022.

Tercero.- En la sustanciación de esta causa se han observado todas las prescripciones legales, señalándose para votación y fallo el día 10 de abril de 2024 y siendo ponente la Iltma. Sra. Doña Mª DOLORES LÓPEZ GARRE.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS.

Primero.- La demanda interpuesta por Don Joaquin Saez Garrido contra la Compañía de Seguros Allianz Versicherungs Aktiengesellschaft(Allianz Alemania) versa sobre el ejercicio de la acción del artículo 76 de la L.C.S. reclamando una indemnización de 150.000 euros por lo daños sufridos en el ojo derecho al tener un desprendimiento de retina en fecha 9 de diciembre de 2014 , siendo operado en fecha 18 de diciembre de 2014 en el Hospital General de Alicante , aplicándole un producto denominado Perfluorooctano fabricado por la empresa farmacéutica ALA MEDICS GmbH Co.KG. siendo tóxico el producto , siendo prohibido su uso y comercialización en junio de 2015, lo

que provocó que el actor perdiese la visión total del ojo derecho.

La parte demandada planteó en primer lugar la excepción de Falta de Legitimación pasiva , al considerar que siendo demandada Allianz en su calidad de compañía aseguradora de la mercantil Alamedics fabricante del producto , alegó que para ser llamada al proceso la Compañía Aseguradora ejercitando la acción del artículo 76 de la L.C.S. es necesaria la previa responsabilidad civil del asegurado, conforme al derecho alemán que considera que es el aplicable a la póliza en virtud de la cual se ejercita la acción. .

La sentencia de instancia desestima las excepciones planteadas de falta de legitimación pasiva y pluspetición y estima la demanda condenado a la Compañía Allianz al pago de la suma de 150.000 euros , más los intereses del artículo 20 desde la fecha del siniestro. Con condena en costas.

Segundo.- Interpone recurso de apelación la Compañía demandada, reproduciendo en primer lugar la excepción de falta de legitimación pasiva , reiterando la necesidad de la previa declaración de responsabilidad civil del asegurado para el ejercicio de la acción del artículo 76 de la L.C.S. contra la aseguradora. Alegando que no habiendo interpuesto demanda contra Alamedics, no procede analizar su régimen de responsabilidad y por tanto no puede considerarse a Allianz Alemania como obligada al pago de ningún tipo de indemnización.

El Tribunal Supremo en sentencia nº164/24 de fecha 12 de febrero ha expuesto:

"En este sentido, se recuerda que la acción directa del art. 76 LCS se funda en los principios de autonomía de la acción, solidaridad de obligados y dependencia estructural respecto de la responsabilidad del asegurado, y que esto comporta que, aunque la acción directa goce de autonomía procesal (al ser posible demandar exclusivamente a la aseguradora ante la jurisdicción civil sin que previamente se sustancie una reclamación en vía administrativa), la aseguradora no pueda quedar obligada más allá de la obligación del asegurado, pues la jurisdicción contencioso-administrativa es la única competente para condenar a la Administración mientras que la jurisdicción civil sólo conoce de su responsabilidad y consecuencias a efectos prejudiciales en el proceso civil.

"Esta jurisprudencia, con arreglo a lo cual esta sala ha desestimado la acción directa contra la aseguradora de la Administración cuando se ha utilizado por el perjudicado para conseguir de la aseguradora en vía civil una

indemnización superior a la indemnización reconocida en vía administrativa o contencioso-administrativa, es también aplicable a un caso como el presente en el que la perjudicada, pudiendo demandar directamente a la aseguradora en vía civil, optó por acudir al expediente administrativo de responsabilidad patrimonial para exigir la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria y la consiguiente indemnización del daño sufrido, y consintió que adquiriera firmeza la resolución administrativa desestimatoria de su reclamación, dado que igual que "sería contrario a la legalidad que se utilizase la acción directa para impugnar el acto administrativo, que se había consentido, a los solos efectos indemnizatorios" (sentencia 321/2019, citada por la 579/2019), también lo sería utilizar la acción directa contra el asegurador para conseguir que la jurisdicción civil declarase la responsabilidad de la Administración sanitaria asegurada - por ser presupuesto para que responda la aseguradora- tras haber devenido firme el acto administrativo que negó la existencia de dicha responsabilidad".

Por consiguiente, es contrario a la legalidad utilizar la acción directa para impugnar el acto administrativo que se ha consentido.

En el caso enjuiciado, en la sentencia 119/2022, de 15 de febrero, se desestimó también una acción directa en vía civil contra la compañía de seguros, cuando había sido desestimada la pretensión resarcitoria por sentencia dictada en vía contencioso-administrativa.

En efecto, la parte actora había optado por formular reclamación por vía administrativa. A tal efecto, promovió el correspondiente expediente de declaración de responsabilidad patrimonial contra la Administración por considerar constitutiva de mala praxis la atención al parto dispensada por el Servicio Público de Salud Murciano. La pretensión indemnizatoria fue desestimada: primero por silencio negativo, lo que motivó se interpusiera recurso contencioso administrativo contra la Comunidad Autónoma de Murcia y la compañía de seguros, al amparo del art. 21.1 c) de la LJCA, conforme a la cual se considera parte demandada, en vía contenciosa, a "las aseguradoras de las Administraciones públicas, que siempre serán parte codemandada junto con la Administración a quien aseguren". Posteriormente, de forma expresa, se desestimó tal pretensión en vía administrativa, así como por sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, por apreciar que la acción se encontraba prescrita, pronunciando que es firme.

Pues bien, en la precitada sentencia 119/2022, de 15 de febrero, se resolvió, como no podía ser de otra forma, que: "[...] cuando existe una sentencia del orden jurisdiccional contencioso administrativo, que proclama mediante

pronunciamiento firme, en proceso seguido contra la compañía como codemandada, que no existe responsabilidad patrimonial de la administración asegurada, la cual no puede renacer mediante la promoción de una acción ante la jurisdicción civil sobre los mismos hechos contra su aseguradora absuelta".

En definitiva, la acción directa por vía civil contra la compañía aseguradora de la Administración exige no haber acudido previamente a la vía administrativa, pues si el perjudicado se somete voluntariamente a ésta no puede posteriormente acudir a los tribunales civiles para obtener la revisión de actos administrativos.

Por otra parte, la constatación de la responsabilidad del asegurado es presupuesto básico para que pueda prosperar la acción directa ejercitada contra la entidad aseguradora (sentencias 20 diciembre 1989, 15 junio 1995, 469/2001, de 17 de mayo y 129/2022, de 21 de febrero, entre otras), de tal modo que la inexistencia de responsabilidad de la administración sanitaria (art. 73 LCS) excluye la obligación de la aseguradora.

En el presente caso, la demandante promovió expediente administrativo de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria y dejó que la resolución desestimatoria dictada en dicha vía adquiriera firmeza. Con ello, se le cerró la posibilidad del ejercicio de la acción directa del art. 76 de la LCS ante los tribunales civiles, al ser presupuesto condicionante de su estimación la existencia de la responsabilidad patrimonial de la administración, y en la vía inicialmente elegida por la demandante dicha responsabilidad se declaró inexistente en pronunciamiento firme."

La sentencia de Pleno de 5 de junio de 2019 ataca esta cuestión, si bien con la perspectiva de haber recibido los perjudicados una cantidad fijada en vía administrativa por responsabilidad patrimonial de la Administración que se consideró insuficiente y haber reclamado una cuantía complementaria a la entidad aseguradora. El Tribunal Supremo indicaba en su sentencia lo siguiente: " cuando ocurre un siniestro por el que pudiese exigirse responsabilidad patrimonial a una administración sanitaria, se abren diferentes posibilidades:

(i) Que el perjudicado ejercite contra la aseguradora de la Administración la acción directa que prevé el art. 76 LCS , obviando seguir el procedimiento administrativo previsto legalmente para reclamar responsabilidad y consiguiente indemnización de esta.

En este supuesto, en el que el perjudicado se dirige, al amparo del art. 76 LCS , directa y exclusivamente contra la compañía aseguradora, la competencia para conocer de la acción corresponde necesariamente a la jurisdicción civil,

pues no cabe acudir a los tribunales de lo contencioso-administrativo sin actuación u omisión administrativa previa que revisar ni Administración demandada que condenar (STS de 15 de octubre de 2013, rec. 1578/2011).

Pero ello será a los solos efectos prejudiciales por lo que se refiere a la responsabilidad de la Administración (art. 42.1 LEC), esto es, que solo produce efectos en el proceso civil y no en el contencioso-administrativo, si llegase a existir, pues para que así fuese, esto es, si se pretendiese demandar responsabilidad de la Administración y condena de ésta, será preciso seguir la vía administrativa y contencioso-administrativa.

Y como se ha expuesto, la prejudicialidad de la responsabilidad de la Administración, a los solos efectos del proceso civil, debe verificarse conforme a parámetros administrativos.

(ii) Que el perjudicado acuda a la vía administrativa y contencioso-administrativa y que, una vez declarada la responsabilidad de la Administración y su condena, ejercite contra la aseguradora de esta la acción directa prevista en el art. 76 LCS .

En este caso la acción directa se circunscribirá al contrato de seguro, pues el presupuesto técnico de la responsabilidad del asegurado, que es la Administración, consta como vinculante, por ser aquella la única jurisdicción que la puede condenar, esto es, la contencioso-administrativa.

Así se infiere de la sentencia 625/2014 de 25 de febrero .

(iii) Que el perjudicado opte por seguir el expediente administrativo de responsabilidad patrimonial y, recaída resolución por la Administración, sea consentida por aquel al no impugnarla en la vía contencioso-administrativa.

Naturalmente la cuestión jurídica que pudiese suscitarse es si con posterioridad a la resolución administrativa o con anterioridad pero en el curso de la tramitación del expediente incoado, el perjudicado ejercita la acción directa del art. 76 LCS contra la aseguradora de la Administración.

La resolución administrativa recaída puede ser desestimando la existencia de la responsabilidad o asumiendo su existencia y fijando la cuantificación de la indemnización a satisfacer.

Este último supuesto es el de autos y, por ende, el que va a merecer nuestra atención y enjuiciamiento.

6.- La interrogante es qué valor se debe

La sentencia de 25 de mayo de 2021, estudia un supuesto idéntico al que nos ocupa, pues la resolución administrativa que devino firme era íntegramente desestimatoria de la reclamación.

Dice esta sentencia:

" TERCERO.- El recurso ha de ser estimado porque la

sentencia recurrida se opone a la doctrina jurisprudencial de esta sala fijada a partir de su sentencia de pleno 321/2019 y reiterada en las sentencias 579/2019, de 5 de noviembre , 473/2020, de 17 de septiembre, de pleno , y 501/2020, de 5 de octubre , sobre la vinculación de la jurisdicción civil a lo resuelto por la Administración en el expediente de responsabilidad patrimonial, o en su caso a lo resuelto por la jurisdicción contencioso-administrativo si se impugna el acto administrativo. Según esta jurisprudencia, el análisis de los efectos de la resolución administrativa firme en el proceso civil no debe enfocarse tanto desde la perspectiva de la cosa juzgada como desde las peculiaridades del seguro de responsabilidad civil y de la acción directa y, muy especialmente, de la dependencia estructural respecto de la responsabilidad del asegurado. En este sentido, se recuerda que la acción directa del art. 76 LCS se funda en los principios de autonomía de la acción, solidaridad de obligados y dependencia estructural respecto de la responsabilidad del asegurado, y que esto comporta que, aunque la acción directa goce de autonomía procesal (al ser posible demandar exclusivamente a la aseguradora ante la jurisdicción civil sin que previamente se sustancie una reclamación en vía administrativa), la aseguradora no pueda quedar obligada más allá de la obligación del asegurado, pues la jurisdicción contencioso-administrativa es la única competente para condenar a la Administración mientras que la jurisdicción civil sólo conoce de su responsabilidad y consecuencias a efectos prejudiciales en el proceso civil.

Esta jurisprudencia, con arreglo a lo cual esta sala ha desestimado la acción directa contra la aseguradora de la Administración cuando se ha utilizado por el perjudicado para conseguir de la aseguradora en vía civil una indemnización superior a la indemnización reconocida en vía administrativa o contencioso-administrativa, es también aplicable a un caso como el presente en el que la perjudicada, pudiendo demandar directamente a la aseguradora en vía civil, optó por acudir al expediente administrativo de responsabilidad patrimonial para exigir la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria y la consiguiente indemnización del daño sufrido, y consintió que adquiriera firmeza la resolución administrativa desestimatoria de su reclamación, dado que igual que "sería contrario a la legalidad que se utilizase la acción directa para impugnar el acto administrativo, que se había consentido, a los solos efectos indemnizatorios" (sentencia 321/2019 , citada por la 579/2019), también lo sería utilizar la acción directa contra el asegurador para conseguir que la jurisdicción civil declarase la responsabilidad de la Administración sanitaria asegurada -

por ser presupuesto para que responda la aseguradora - tras haber devenido firme el acto administrativo que negó la existencia de dicha responsabilidad."

Aplicando la doctrina expuesta al caso que, se enjuicia en el presente recurso de apelación, la parte actora ha interpuesto una reclamación patrimonial frente a la Administración sanitaria en fecha 18 de enero de 2017 que dio lugar al expediente de responsabilidad patrimonial 9/2017 expediente no resuelto a la fecha de la demanda, por lo que interpone acción directa conforme al artículo 76 de la L.C.S. contra la aseguradora de la Compañía fabricante del producto defectuoso .

La acción directa contra la aseguradora es posible en el caso de autos, pues la vía administrativa se inició para exigir responsabilidad a la Administración Sanitaria y no a la mercantil fabricante del producto que según la parte actora le ocasiono la pérdida de visión.

Es por tanto una acción autónoma e independiente que el perjudicado ostenta frente a la Compañía aseguradora del fabricante del producto al que imputa lo daños producidos ,sin perjuicio de que en caso de condena pueda repetir contra el asegurado.

Debiendo por tanto ser desestimada la excepción planteada por la parte apelante.

Tercero.- Considera la parte demandada que, ha existido una errónea valoración de la prueba practicada en la instancia.Inexistencia de nexo causal .Pluspetición . La sentencia apelada no tiene en cuenta los factores concurrentes que han resultado en todo caso, determinantes en la materialización de los daños objeto de reclamación. Aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidad.

Al respecto del error en la valoración de la prueba, debemos partir de que como ha venido reiterando esta Sala en innumerables ocasiones, si la prueba practicada en el Procedimiento se pondera por el Juez a quo de forma racional y asépticamente, sin que pugne con normas que impongan un concreto efecto para un determinado medio de prueba, llegando a una conclusión razonable y correcta, tal valoración debe mantenerse y no sustituirse por la subjetiva de quien impugna la expresada valoración. Tras la entrada en vigor de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero, la misma inmediación ostenta el Tribunal de Primera Instancia que el Tribunal de Apelación por cuanto que, a través del soporte audiovisual donde se recogen y documentan todas las actuaciones practicadas en el acto del Juicio (incluida la fase probatoria), el órgano Jurisdiccional de Segunda Instancia puede apreciar por si mismo, no sólo el contenido de las distintas pruebas que se practiquen, sino también la actitud de quienes intervienen

y la razón de ciencia o de conocer que expresan (partes, testigos o peritos) al efecto de examinar si esas pruebas se han valorado o no correctamente. De tal forma que la Sala no tiene que aceptar la valoración de la prueba del Juzgado de 1ª instancia, sino que directamente asume la instancia y es ella la que valora de nuevo la prueba practicada, en cuyo resultado coincidirá o no con el Juzgado; pues el recurso de apelación confiere plenas facultades al órgano judicial "ad quem" para resolver cuantas cuestiones se le planteen de hecho o de derecho, por tratarse de un recurso ordinario que permite un "novum indicium" (STC 152/1998, de 13 de julio). La STS de 6 de mayo de 2009 dice que "La apelación coloca al juzgador de segunda instancia en la misma posición del de la primera, con plenitud jurisdiccional para la valoración de la prueba, pero la "revisio prioris instantiae" en que consiste el recurso no le autoriza para prescindir de las apreciaciones del juzgador "a quo" sin dar otras razones distintas, o decir por qué se rechazan."

Como hemos dicho este tribunal en apelación puede valorar de modo completo y de forma distinta las pruebas obrantes en la causa, llegando a conclusiones contrarias a las de instancia; pero si el criterio del tribunal a quo es razonable y sus conclusiones vienen suficientemente respaldadas por la prueba practicada y convencen suficientemente al tribunal de alzada, no debe acogerse el punto de vista del apelante, solucionando el conflicto de modo diferente al de instancia con otra argumentación, aunque pueda ser igualmente razonable. La segunda instancia ha de limitarse, cuando de valoraciones probatorias se trata, a revisar la actividad del Juzgador a quo, en el sentido de comprobar que ésta aparezca suficientemente expresada en la resolución recurrida y no resulte arbitraria, injustificada o injustificable. (STS de 16 de junio de 1970, 14 de mayo de 1981, 22 de enero de 1986, 18 de noviembre de 1987, 30 de marzo de 1988, 1 de marzo y 28 de octubre de 1994, 3 y 20 de julio de 1995, 23 de noviembre de 1996, 29 de julio de 1998, 24 de julio de 2001, 20 de noviembre de 2002 y 3 de abril de 2003).

Al respecto de la prueba pericial en que se funda la parte recurrente, debemos indicar que como ha señalado el Tribunal Supremo, la función del perito como medio de prueba es auxiliar al Juez, ilustrándole sobre las circunstancias del caso, siendo la prueba pericial de libre apreciación (STS de 23 septiembre 1996, 20 julio 1998, 24 julio 2001, 20 noviembre 2002 y 15 julio 2003), puesto que las reglas de la sana crítica a que remite el art. 348 de la LEC, como dicen las STS de 10 junio 1986 y 7 noviembre 1994 entre otras, no son en realidad otra cosa que meras máximas de experiencia no codificada, y deben incardinarse

en el proceso deductivo con el razonamiento lógico, que requiere un conocimiento y manejo de los datos de hecho y un encadenamiento entre los juicios que no lleve al absurdo, único límite conocido en la lógica jurídica que, generalmente, no se mueve entre hechos conocidos con absoluta certeza (STS de 15 julio 1988, 13 noviembre 1995).

Siendo por tanto la prueba pericial de libre valoración por el juez, teniendo en cuenta los diversos informes periciales que constan en autos es preciso analizar si las lesiones que presenta el paciente son consecuencia de la aplicación del producto Perfluorooctavo Ala Octa 7 ml , lot PFO 150414, Alamedics Gm6H, Alemania o bien como sostiene la parte demandada en su recurso no existió relación de causalidad entre la aplicación del producto y las lesiones sino que la pérdida de visión en el ojo derecho se produjo como consecuencia de los antecedentes que presentaba el actor , al padecer Diabetes Mellitus tipo II desde 15 años atrás y desprendimiento de retina intervenido en 2006 ,presentando mal pronóstico.

En el documento nº5 de la demanda consistente en informe elaborado por el Jefe del Servicio de Oftalmología del Hospital General Universitario de Alicante, Doctor ~~Emilio Abecia Montaña~~ se constata que el demandante fue sometido a tratamiento quirúrgico el 18 de diciembre de 2014 ,realizando vitrectomía pars plan (VPP) aplicación de perfluorocarbono líquido , endolaser e intercambio Aire-C3F8 15%. El prefluorocarbono líquido utilizado es:Perfluorooctavo Ala Octa 7 ml , lot PFO 150414, Alamedics Gm6H, Alemania.

El Juicio clínico emitido fue el siguiente:Paciente con desprendimiento de retina crónico de ojo derecho de mal pronóstico intervenido quirúrgicamente con buen resultado anatómico pero muy mal resultado funcional . El mal resultado visual (ceguera)junto con los hallazgos de palidez papilar isquemia retiniana superior y proliferación fibrosa hacen pensar en toxicidad retiniana medicamentosa por perfluorocarbono líquido utilizado durante la cirugía. El número de lote 150414 utilizado en la cirugía del demandante muestra un comportamiento citotóxico elevado (66%).

En el documento nº7 de la demanda consistente en informe elaborado por los Doctores ~~Emilio Abecia Montaña~~ y Don ~~José Carlos Pastor Jimeno~~ que pertenecen al grupo de expertos constituido por la Agencia Española del Medicamento y Productos Sanitarios , la conclusión es que la patología del paciente con pérdida de visión esta asociada a la utilización del perfluorocarbono líquido utilizado durante la cirugía.

El documento nº9 de la demanda , consistente en informe del Doctor Don Agustín Cabanas Gutiérrez , concluye tanto en su informe como en la ratificación en el acto de la vista que , si el demandante no se hubiese aplicado el producto tóxico , en atención a la naturaleza del desprendimiento de retina y las probabilidades de resultado favorable y siendo el resultado de la operación muy buena la recuperación visual hubiese sido de más del 90%.

El documento nº6 de la demanda consiste en informe sobre incidentes relacionados con el producto Ala Octa , se va actualizando la información desde el 30 de octubre de 2015 , hasta el 15 de julio de 2016, se confirma la toxicidad del producto y la prohibición de su uso y comercialización en junio de 2015 , existiendo 116 casos de afectados por el uso del producto en España en 28 centros de 13 comunidades autónomas.

La parte demandada presentó informes periciales de los doctores Pedro Pablo Díaz y Carlos F. de la Cruz, ambos refieren los antecedentes del demandante, al tener cataratas y desprendimiento de retina , resaltando su mal pronóstico , manifestando en el acto de la vista el Doctor Carlos F. de la Cruz que si existió una relación causal entre el producto tóxico utilizado y la pérdida de visión del paciente.

El doctor Carlos F. de la Cruz manifestó que un desprendimiento de retina con seis meses de antigüedad sería prácticamente irrecuperable,pero que no sabe cual fue la causa definitiva o exacta de la pérdida de visión.

Con respecto a lo que significa la valoración de la sana crítica en relación a la prueba pericial se expresa en las STS 471/2018, de 19 de julio y como más reciente la sentencia 334/2024 de 6 de marzo, cuando señala al respecto:

"Aplicando estas reglas, el tribunal, al valorar la prueba por medio de dictamen de peritos, deberá ponderar, entre otras cosas, las siguientes cuestiones:

"1.º.- Los razonamientos que contengan los dictámenes y los que se hayan vertido en el acto del juicio o vista en el interrogatorio de los peritos, pudiendo no aceptar el resultado de un dictamen o aceptarlo, o incluso aceptar el resultado de un dictamen por estar mejor fundamentado que otro: STS 10 de febrero de 1.994.

"2.º.- Deberá también tener en cuenta el tribunal las conclusiones conformes y mayoritarias que resulten tanto de los dictámenes emitidos por peritos designados por las partes como de los dictámenes emitidos por peritos designados por el tribunal, motivando su decisión cuando no

esté de acuerdo con las conclusiones mayoritarias de los dictámenes: STS 4 de diciembre de 1.989.

"3.º.- Otro factor a ponderar por el tribunal deberá ser el examen de las operaciones periciales que se hayan llevado a cabo por los peritos que hayan intervenido en el proceso, los medios o instrumentos empleados y los datos en los que se sustenten sus dictámenes: STS 28 de enero de 1.995.

"4.º.-También deberá ponderar el tribunal, al valorar los dictámenes, la competencia profesional de los peritos que los hayan emitido así como todas las circunstancias que hagan presumir su objetividad, lo que le puede llevar en el sistema de la nueva LEC a que dé más crédito a los dictámenes de los peritos designados por el tribunal que a los aportados por las partes: STS 31 de marzo de 1.997.

"La jurisprudencia entiende que en la valoración de la prueba por medio de dictamen de peritos se vulneran las reglas de la sana crítica:

"1.º.- Cuando no consta en la sentencia valoración alguna en torno al resultado del dictamen pericial. STS de 17 de junio de 1.996.

"2.º.- Cuando se prescinde del contenido del dictamen, omitiendo datos, alterándolo, deduciendo del mismo conclusiones distintas, valorándolo incoherentemente, etc. STS 20 de mayo de 1.996.

"3.º.- Cuando, sin haberse producido en el proceso dictámenes contradictorios, el tribunal en base a los mismos, llega a conclusiones distintas de las de los dictámenes: STS de 7 de enero de 1.991.

"4.º.- Cuando los razonamientos del tribunal en torno a los dictámenes atenten contra la lógica y la racionalidad; o sean arbitrarios, incoherentes y contradictorios o lleven al absurdo.

"Cuando los razonamientos del tribunal en torno a los dictámenes atenten contra la lógica y la racionalidad: STS de 11 de abril de 1.998.

"Cuando los razonamientos del Tribunal en torno a los dictámenes sean arbitrarios, incoherentes y contradictorios: STS de 13 de julio de 1995".

Valorados los informe periciales y prueba documental aportada al procedimiento , la Sala considera que la prueba ha sido valorada por el juez a quo con criterios razonables y adecuados quedando por tanto acreditada la relación de causalidad entre la pérdida de visión del ojo derecho del demandante y la aplicación del producto Perfluorooctano utilizado en la cirugía de retina.

Cuarto.- Impugna la parte apelante, la indemnización fijada en la sentencia por considerarla desproporcionada entre el

daño sufrido y la indemnización que concede la sentencia, al no haber tenido en cuenta la prueba pericial en lo relativo al estado previo en que se encontraba la agudeza visual del demandante y los criterios de oportunidad y prosperabilidad, no siendo posible estimar en su integridad la demanda. Existiendo un daño previo que no es imputable ni a la asistencia prestada ni al producto aplicado. Alegando que la indemnización proporcionada al caso debería ser fijada en una horquilla entre los 12.926,17 euros y los 15.011,15 euros.

La doctrina de la pérdida de oportunidad se viene aplicando desde los años cincuenta en la responsabilidad civil de abogado y desde los años ochenta en la responsabilidad civil médica. La Sala Tercera aplica esta doctrina cuando la actuación del profesional ha supuesto una pérdida de oportunidad de un diagnóstico o de un tratamiento más temprano. El cálculo de la indemnización se efectúa atendiendo al porcentaje estadístico de probabilidades de curación si el interesado hubiera sido tratado correctamente, pese a que no pueda afirmarse que se hubiera curado o que la prestación sanitaria hubiera resultado útil. Son siempre casos en los que la conducta, con un grado mayor o menor de omisión, se considera negligente. La Sala Primera aplica por primera vez esta doctrina en Sentencia de 10 de octubre de 1998.

El Tribunal Supremo en sentencia 105/2019, de 19 de febrero declaró lo siguiente:

"1.- La llamada perdida de oportunidad se ha consolidado en el derecho de daños y, en particular, en la responsabilidad civil de abogados, procuradores y médico-sanitaria.

Vamos a detenernos en esta última porque es la que más se compadece con el supuesto enjuiciado.

2.- Las doctrinas de la imputación objetiva y casualidad adecuada sobre la relación de causalidad persiguen evitar, en nuestro caso en contra del médico, multiplicidad de demandas fundadas en una aplicación mecánica del nexo de causalidad. De ahí que se acuda a la teoría de la imputación objetiva y como cláusula de cierre ala de la causalidad adecuada para negar relevancia jurídica a los supuestos en que, aun constatada la relación causal material, física o natural, sin embargo el resultado no es susceptible de ser imputado al demandado.

Ahora bien tal tesis doctrinal y jurisprudencial tiene un reverso, ahora a favor del paciente, para evitar una continua exoneración de responsables ante la dificultad de acreditar el nexo causal físico. Esa dificultad no puede traducirse en una situación de irresponsabilidad absoluta por parte del agente profesional.

Tal reverso, para conjurar dicho peligro, es la llamada técnica de la "pérdida de oportunidad o chance".

Esta teoría se ubica en el ámbito de la causalidad material o física, como medio de la incertidumbre sobre ella, y con la consecuencia de reducción proporcional de la indemnización.

Su aplicación es un paliativo del radical principio del "todo o nada" a la hora de determinar el nexo causal entre un hecho y el resultado acaecido, pues existen supuestos en los que la certeza absoluta no es posible, y su exigencia dejaría a las víctimas sin resarcimiento, por lo que se hace preciso moverse en términos de probabilidad.

La moderna jurisprudencia huye de la exigencia de la certeza y se centra en el cálculo de probabilidades para fundamentar indemnizaciones parciales. Pero ello exige un esfuerzo de los tribunales a la hora de motivar sus resoluciones, para evitar que el quantum indemnizatorio se conceda a ciegas, pues la indemnización debe calcularse en función de la probabilidad de oportunidad perdida o ventaja frustrada y no en el daño real sufrido, que queda reservado para la certeza absoluta de la causa.

Este planteamiento general requiere para su correcto entendimiento ser acompañado de una puntualización.

En sede de causalidad física, se pueden distinguir tres franjas. Una superior, que es cuando existe certeza causal y la reparación del daño sería íntegra. Otra inferior que permite asegurar que el agente no causó el daño y las oportunidades perdidas no son serias sino ilusorias. La franja central, entre las anteriores, en la que se reside esta teoría, y en la que existirá una probabilidad causal sería, que sin alcanzar el nivel máximo si supera el mínimo (STS 27 de julio de 2006).

Cuando se observa cómo la teoría de la pérdida de oportunidad se aplica a las responsabilidades civiles que tienen un origen médico-sanitario, se constata que se viene aplicando a supuestos de errores o retrasos en el diagnóstico y tratamiento de dolencias, y en aquellas de falta de información o consentimiento informado. Son supuestos en los que por no existir certeza ni probabilidad cualificada del resultado final, se identificara el daño con la oportunidad de curación o supervivencia perdida por la actuación del facultativo, o por habersele privado al paciente de su derecho a decidir si se le hubiese informado del riesgo materializado.

En sede de probabilidad, la sala en unos casos ha entendido que la probabilidad de que la conducta evitase el daño era muy elevada (STS 25 de junio de 2010), y concede toda la indemnización, mientras que en otros (sentencia de 2 de enero de 2012) limita la indemnización "en razón de la probabilidad de que el daño se hubiera producido, igualmente, de haberse actuado".

La primera sentencia de la Sala 1.a del Tribunal Supremo que acogió la doctrina de la pérdida de oportunidad en el

ámbito médico-sanitario fue la dictada con fecha 10 de octubre de 1998 : Una ATS dispensó los primeros auxilios a un trabajador que había sufrido la amputación de una mano, dando instrucciones para que el segmento distal amputado fuera introducido en una caja con hielo normal y verificando que así se hiciera. Una tercera persona, un compañero de trabajo del accidentado, consideró oportuno cambiar la caja y colocó el miembro amputado en una caja de corcho blanco introduciendo a continuación hielo seco o sintético, operación que realizó fuera del botiquín y sin conocimiento de la ATS. Ésta, observando que se había cambiado el recipiente y considerándolo más idóneo, lo entregó, sin abrirlo, al centro sanitario tras haber acompañado al lesionado en ambulancia. El segmento amputado llegó en avanzado estado de congelación y el reimplante no tuvo éxito. Demandadas la titular de la empresa, una médica y la ATS, el Tribunal Supremo casa la sentencia absolutoria únicamente por "lo que hace a la ATS, considerando que debería haber comprobado que el miembro se seguía conservando en hielo natural. Sin embargo, y ello es lo que resaltamos, añade que "lo que a ella no puede imputársele es la responsabilidad por el fracaso del reimplante, porque la prueba pericial ha demostrado que en condiciones normales no es seguro el éxito de la operación. En suma a la demandada no se le puede imputar más que la pérdida de una oportunidad para efectuar en condiciones una operación de reimplante de la mano, que no se sabe si al final hubiera dado resultado. Dicho de otra manera se le puede imputar la pérdida de unas expectativas".

Aplicando la anterior doctrina al presente caso, entendemos que no nos encontramos en un supuesto de error o retraso en el tratamiento de la dolencia en el que no existe certeza del resultado final, ni tampoco de falta de información o de consentimiento informado sino de la aplicación a la intervención quirúrgica de un producto defectuoso. Pues la operación de desprendimiento de retina se ejecutó de modo adecuado y en caso de no haber aplicado el producto Ala Octa , la visión se hubiese podido recuperar por el demandante pues con el producto aplicado se produjo la retina luego a tener fibrosis y una retina fibrosa es necrosis retiniana por efecto del Ala Octa, como expuso el perito Doctor [redacted], que manifestó que no conoce caso alguno de retina que haya fibrosado que no haya sido por el Ala Octa y que de haber sido intervenido sin el producto tóxico , en atención a la naturaleza del desprendimiento de retina , las probabilidades de resultado favorable y recuperación visual hubieran sido de más de un 90% lo que determina que el motivo de impugnación de la sentencia haya de ser desestimado.

Quinto.- Impugna el recurrente la imposición de los intereses del artículo 20 de la L.C.S. al existir retraso desleal , al haber demorado el ejercicio de la acción directa de manera consciente , motivando que los intereses se hayan acrecentado de manera injustificado dando lugar al retraso desleal.

El Tribunal Supremo ha proclamado que sólo concurre la causa justificada del art. 20.8 de la LCS, en los específicos supuestos en que se hace necesario acudir al proceso para resolver una situación de incertidumbre o duda racional en torno al nacimiento de la obligación de indemnizar; esto es, cuando la resolución judicial deviene imprescindible para despejar las dudas existentes en torno a la realidad del siniestro o su cobertura (sentencias 252/2018, de 10 de octubre; 56/2019, de 25 de enero, 556/2019, de 22 de octubre; 570/2019, de 4 de noviembre, 47/2020, de 22 de enero, 116/2020, de 19 de febrero, 419/2020, de 13 de julio, 503/2020, de 5 de octubre y 563/2021, de 26 de julio, entre otras muchas).

También, ha sostenido que no constituye tal causa justificada las diferencias entre el perjudicado y la aseguradora con respecto al importe indemnizatorio del daño sufrido, pues tales discrepancias plausibles, desde luego, no impiden a la compañía consignar la cantidad que considere debida.

En este sentido, señalamos, por ejemplo, en la STS 110/2021, de 2 de marzo, que:

"La demandada tan solo discrepa de la cuantía de la indemnización postulada en la demanda, lo que no es causa justificada conforme una reiterada jurisprudencia para evitar la aplicación de los mentados intereses (sentencias 328/2012, de 17 de mayo, 641/2015, de 12 de noviembre; 317/2018, de 30 de mayo; 47/2020, de 22 de enero y 643/2020, de 27 de noviembre entre otras muchas)".

En el caso sometido al debate de la Sala, existe aseguramiento y cobertura , se ha producido el daño de pérdida de visión del ojo derecho del demandante que en fecha 9 de diciembre de 2014 sufrió un desprendimiento de retina del que fue operado 18 de diciembre de 2014. En fecha 13 de mayo de 2015 acude a revisión al Hospital General Universitario de Alicante confirmándole en ese momento el mal pronóstico para su ojo derecho , con pérdida total de la visión , se le da de alta labora en fecha 15 de julio de 2015. En fecha 15 de julio de 2016 la AEMPS en su nota informativa NI s 12/2016 informa que el lote del producto tóxico utilizado en la operación del demandante es tóxico al 66,1%. En fecha 7 de octubre de 2016 se dirige escrito al Hospital General de Alicante para que se facilite marca y fabricante del producto que se utilizó en la intervención

quirúrgica del día 18 de diciembre de 2014 .Contestan en fecha 4 de noviembre de 2016 y se identifica el producto. En fecha 18 de enero de 2017 se interpone reclamación por responsabilidad patrimonial contra la Conselleria de Salud de la Generalitat Valenciana .Personándose la aseguradora.En fecha 13 de enero de 2017 se remite correo electrónico al representante legal de la farmacéutica Alamedis. Se contesta al mismo en fecha 24 de enero de 2017.En fecha 3 de abril de 2017 se remitió carta certificada a la compañía hoy demandada en su calidad de la aseguradora de la Compañía fabricante del producto que fue recibida en fecha 20 de abril de 2017. No habiendo sido resuelto tras de dos años de tramitación el expediente administrativo en febrero de 2019 se interpone demanda ante la Jurisdicción civil.

No ha existido retraso desleal pero si existían elementos suficientes para que la compañía ofreciera, al menos, una indemnización a la perjudicada en atención a las circunstancias concurrentes; lejos de ello, optó por negar absolutamente el resarcimiento del daño.

Hemos señalado que la simple pendencia de un proceso no puede constituir, por sí sola, causa justificada para obviar la imposición de los intereses moratorios; pues entonces las compañías de seguros no liquidarían los siniestros y esperarían a que se promovieran acciones judiciales contra ellas, lo que conduciría a la frustración de la finalidad perseguida por el art. 20 de la LCS, que se convertiría en papel mojado en contra de la voluntad del legislador de garantizar la pronta liquidación de los siniestros.

En relación al día inicial del cómputo de dichos intereses el artículo 20.6 establece:

"6.º Será término inicial del cómputo de dichos intereses la fecha del siniestro.

No obstante, si por el tomador del seguro, el asegurado o el beneficiario no se ha cumplido el deber de comunicar el siniestro dentro del plazo fijado en la póliza o, subsidiariamente, en el de siete días de haberlo conocido, el término inicial del cómputo será el día de la comunicación del siniestro."

Ahora bien, en este caso, el conocimiento del siniestro por la compañía aseguradora se produce con la reclamación que se le efectúa el 3 de abril de 2017, siendo recibida en fecha 20 de abril de 2017 por lo que es, desde esta fecha, cuando comienzan a devengarse los intereses del art. 20 LCS, por la aplicación de su numeral sexto.

Los referidos intereses moratorios se calcularán de la forma siguiente, durante los dos primeros años, al tipo legal más un 50% y, a partir de ese momento, al tipo del 20% (sentencia de pleno 251/2007, de 1 de marzo, seguida,

entre otras, por las sentencias 562/2018, de 10 de octubre; 140/2020, de 2 de marzo; 419/2020, de 13 de julio; 503/2020, de 5 de octubre; 643/2020, de 27 de noviembre; 110/2021, de 2 de marzo y 1322/2023, de 27 de septiembre).

Sexto.- Por último alega la parte demandada que existe unidad de siniestro y límite cuantitativo por siniestro en la Póliza de seguro suscrita por Alamedis. Participación alícuota del perjudicado en el límite de la suma asegurada. Imposibilidad de efectuar pago alguno por parte de Allianz Alemania por imperativo de la ley. De manera que si abonase la indemnización al demandante y siendo el máximo por siniestro que pudiera cubrir la póliza de tres millones de euros determina que podría perjudicar a otros potenciales perjudicados por lo que Allianz Alemania no puede abonar indemnización alguna.

En primer lugar debe señalarse que la cuestión que suscita en el último extremo de su recurso y que planteó en los preliminares de su demanda, nada se resolvió en la sentencia de instancia en relación este extremo, ni existió pedimiento en tal sentido ni en el suplico de su demanda en que solicitó:

"Que tenga por presentado este escrito de contestación a la demanda, así como los documentos adjuntos y, después de los trámites oportunos, declare que el alcance y efectos de la Póliza de seguro suscrita entre ALLIANZ ALEMANIA y el laboratorio ALAMEDICS se rige por el derecho alemán y, en consecuencia, dicte Sentencia por medio de la que se declare (i) La aplicación del derecho Alemán y la falta de legitimación activa del demandante y pasiva de ALLIANZ ALEMANIA; (ii) de forma estrictamente subsidiaria a lo anterior, se solicita que se dicte Sentencia desestimando la demanda al no haberse acreditado relación de causalidad entre los daños reclamados y la supuesta administración de Ala Octa® defectuoso y, en todo caso, (iii) declarando la concurrencia de causas de exoneración de la responsabilidad de ALAMEDICS, con expresa condena en costas. Subsidiariamente a lo anterior, se solicita una notable minoración del quantum solicitado y la no imposición de los intereses del artículo 20

LCS.

En el suplico del recurso de apelación, tampoco existe pedimento en cuanto a la exoneración del pago que solicita por aplicación del derecho alemán al existir una delimitación del objeto del contrato de seguro.

No procede entrar a examinar este extremo del recurso, tanto porque no existió pronunciamiento al respecto en la instancia, no solicitando la parte demandada complemento de la resolución, tampoco existió pedimento en el suplico de la demanda, y siendo desestimada la excepción de falta de

legitimación pasiva al alegar la demanda la aplicación del derecho alemán que exige para el ejercicio de la acción directa por el perjudicado la previa declaración de responsabilidad del asegurado siendo desestimada esta en la instancia y no reproduciendo en la apelación esta causa de oposición al ejercicio de la acción directa , al resolver la sentencia que el derecho aplicable al caso de autos es el derecho español aquietándose el apelante, a este extremo , no procede en base a los motivos expuestos entrar a resolver cuestión alguna en relación a la imposibilidad de abono de indemnización al demandante, cuando además esta causa de oposición al pago en ningún caso sería oponible al perjudicado.

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no se realiza pronunciamiento en relación a las costas de esta alzada.

Vistos los preceptos legales citados, sus concordantes y demás de general y pertinente aplicación al caso,

FALLO

Estimar parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Señora ~~CLARA~~ ~~PEREZ~~ en representación de Allianz Versicherungs Aktiengesellschaft (Allianz Alemaniz) contra la sentencia dictada por la Sra. Magistrada Juez del Juzgado de Primera Instancia nº3 de la ciudad de San Vicente del Raspeig en fecha 9 de mayo de 2022 y en los autos de los que dimana el presente rollo, y en su consecuencia **REVOCAR COMO REVOCAMOS PARCIALMENTE DICHA RESOLUCIÓN** en el sentido de fijar como fecha a partir de la cual se devengan los intereses del artículo 20 de la L.C.S. el día 20 de abril de 2017, se mantienen el resto de pronunciamientos de la sentencia de instancia. No se realiza pronunciamiento en relación a las costas de esta alzada.

Notifíquese esta sentencia conforme a la Ley y, en su momento, devuélvanse los autos originales al Juzgado de procedencia, de los que se servirá acusar recibo, acompañados de certificación literal de la presente resolución a los oportunos efectos de ejecución de lo acordado, uniéndose otro al rollo de apelación.

Por otra parte, conforme a lo dispuesto en el nº 9 de la misma Disposición Adicional Decimoquinta de la LOPJ 6/1985 según redacción dada por la LO1/2009, al ser la presente sentencia desestimatoria del recurso, firme que lo

sea, el recurrente perderá el depósito efectuado para la interposición de la apelación.

Contra la presente resolución, cabe, en su caso, recurso en los supuestos y términos previstos en los Capítulos IV y V del Título IV del Libro II y Disposición Final 16ª de la LEC 1/2000.

De conformidad con la Disposición Adicional Decimoquinta de la LOPJ 6/1985, según redacción dada por la LO 1/2009, para interponer contra la presente resolución recurso de casación (concepto 06), artículos 474, 477 y 481 de la LEC (según redacción dada por el Real Decreto Ley 5/2023 de 28 de junio), deberá consignarse en la "Cuenta de Depósitos y consignaciones" de este Tribunal nº 0264, al tiempo de su preparación, la cantidad de 50 euros por cada recurso, bajo apercibimiento de inadmisión a trámite; y ello sin perjuicio del pago de la tasa por actos procesales, cuando proceda.

Así, por esta nuestra sentencia definitiva que, fallando en grado de apelación, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día ha sido leída y publicada la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Ponente que la suscribe hallándose la Sala celebrando Audiencia Pública. Doy fe.