



Roj: **SAP GR 1979/2018 - ECLI:ES:APGR:2018:1979**

Id Cendoj: **18087370052018100364**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Granada**

Sección: **5**

Fecha: **21/12/2018**

Nº de Recurso: **329/2017**

Nº de Resolución: **476/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **JOSE MANUEL GARCIA SANCHEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE GRANADA

SECCIÓN QUINTA

ROLLO Nº 329/17- AUTOS Nº 620/16

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 8 DE GRANADA

ASUNTO: ORDINARIO

PONENTE: ILMO. SR. D. JOSÉ MANUEL GARCIA SANCHEZ.

SENTENCIA N.º 476/18

ILTMOS. SRES.PRESIDENTED. ANTONIO MASCARÓ LAZCANO.MAGISTRADOSD. RAMON RUIZ JIMENEZD. JOSÉ MANUEL GARCIA SANCHEZ.

En la Ciudad de Granada, a veintiuno de diciembre de dos mil dieciocho.

La Sección Quinta de esta Audiencia Provincial constituida con los Iltmos. Sres. al margen relacionados ha visto en grado de apelación - Rollo Nº 329/17 - los autos de juicio Ordinario nº 620/16 del Juzgado de Primera Instancia nº 8 de Granada seguidos en virtud de demanda de Zurich Insurance PLC España representada por el Procurador D. José Domingo Mir Gomez contra Segur Caixa Adeslas S.A., Seguros y Reaseguros, representada por la Procuradora Dª Maria Luisa Labella Medina.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Que, por el mencionado Juzgado se dictó resolución en fecha veinte de marzo del dos mil diecisiete cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

".....Que estimando la demanda formulada por el Procurador D. José Domingo Mir Gómez en nombre y representación de la entidad **ZURICH INSURANCE PLC ESPAÑA** debo condenar y condeno a la entidad **SEGUR CAIXA ADESLAS S.A. SEGUROS Y RESASEGUROS** a abonar a la actora la cantidad de **DOCE MIL SETECIENTOS VEINTIDOS EUROS CON NOVENTA Y UN CENTIMOS (12.722,91 €)** más el interés legal de dicha cantidad a partir de la presente resolución, así como al pago de las costas del procedimiento. En cuanto a las costas del procedimiento, se imponen a la parte demandada..... "

SEGUNDO .- Que contra dicha resolución se interpuso recurso de apelación por la parte demandada al que se opuso la parte contraria; una vez elevadas las actuaciones a este Tribunal se siguió el trámite prescrito y se señaló día para la votación y fallo, con arreglo al orden establecido para estas apelaciones.

TERCERO .- Que, por este Tribunal, se han observado las formalidades legales en esta alzada.

Siendo Ponente el Iltmo. Sr. Magistrado D. JOSÉ MANUEL GARCIA SANCHEZ.

FUNDAMENTOS DE DERECHO



PRIMERO : Que la entidad demandada, como aseguradora de la Comunidad de Propietarios C/ DIRECCION000 n° NUM000 de Armilla (Granada), mediante la póliza "Segurcaixa Inmuebles" cuyo condicionado general obra incorporado a las actuaciones, se alza contra la sentencia estimatoria de la demanda deducida en su contra por la entidad actora, Zurich S.A., en calidad de aseguradora de la vivienda 1º A, integrada en dicha comunidad, basada en la concurrencia de seguros, y al amparo del art. 32 de la LCS , respecto de los daños ocasionados en el continente de dicha vivienda, a consecuencia de incendio acaecido en la misma el día 20 de noviembre de 2014, del que también resultaron daños para los elementos comunes de dicho inmueble. Considera el Juzgador de instancia que concurre la coexistencia de seguros propia del precepto invocado, al garantizar ambas pólizas el riesgo de incendio, y dado el criterio jurisprudencial, admitido por el apelante, según el cual la ausencia de personalidad jurídica de las comunidades en régimen de propiedad horizontal, llama al reconocimiento de la condición de tomador a cada comunero, respecto de la póliza suscrita en garantía de los riesgos concernientes al edificio. Por su parte, la apelante alega, en primer lugar, la concurrencia de cosa juzgada material, al haberse reconocido la responsabilidad del ocupante de la vivienda asegurada por la entidad aquí actora en la causación del mismo siniestro, según sentencia de fecha 2 de septiembre de 2016, dictada por el Juzgado de 1ª Instancia n° 7 de Granada en autos n° 128/2016, en la que se descarta el mecanismo de producción que precisamente se tiene por probado en la sentencia aquí apelada como causante del siniestro, esto es, la explosión por acumulación de gas proveniente de una bombona de recarga de mecheros; lo que considera determinante de la ausencia de responsabilidad de la Comunidad de Propietarios por ella asegurada, impeditiva, a su juicio, del pronunciamiento de condena en su contra. En segundo lugar, alega la improcedencia de apreciar la concurrencia de seguros, al provenir la responsabilidad del siniestro del ocupante de la vivienda asegurada por la actora, y ser inoponible ante ello la cobertura de daños a cargo de la póliza suscrita por la Comunidad de Propietarios, con cita de la sentencia de la A. Provincial de Barcelona, Secc. 16ª, de 25 de abril de 2013 , según la cual, la aplicación de la cobertura de daños vaciaría de contenido la responsabilidad civil del causante, si otro es llamado a participar o disminuir dicha cobertura. En tercer lugar, y con carácter subsidiario, opone la ausencia de cobertura, por invocación de las condiciones generales 2.2.c), relativa a exclusión de "los actos cometidos pro personas con relación contractual con el asegurado, así como por los ocupantes del edificio a título individual" , y 1.1, relativa a los daños causados por accidentes del fumador; por último, se alega error en la valoración de la prueba, en cuanto a la valoración de los daños importe de la indemnización objeto de la condena.

SEGUNDO: Que, centrado en tales términos el objeto de la controversia en la presente alzada, y comenzando con el análisis de la excepción de cosa juzgada, hemos de precisar que la clase de acción que se ejercita en el presente procedimiento es la de repetición en razón a la concurrencia de seguros, al amparo del art. 32 de la LCS, el cual se inserta en la Sección Primera del Título II de la indicada ley especial, relativo al Seguro de Daños. Así se especifica en el hecho quinto de la demanda, con cita expresa del precepto indicado, y a ello habremos de estar, aún a pesar de la desafortunada inclusión del art. 43 del mismo texto legal en la fundamentación jurídica de dicha demanda, por ser ello conforme al principio "iura novit curia" . Por lo tanto, tratándose de una acción de reclamación por concurrencia de seguros de daños, en nada puede afectar al presente lo resuelto en el anterior procedimiento seguido ante el Juzgado de 1ª Instancia n° 7 de Granada, en el que la entidad Segur Caixa, aseguradora de la Comunidad de Propietarios afectada, accionaba por la responsabilidad civil cubierta por la entidad Zurich, como aseguradora de la vivienda en la que se produjo el incendio, la cual se atribuyó a su ocupante, según el texto de la mencionada sentencia de fecha 2 de septiembre de 2016 . Pues una cosa es la garantía de responsabilidad civil, que, conforme al art. 73 de la LCS , cubre "el riesgo del nacimiento a cargo del asegurado de la obligación de indemnizar a un tercero los daños y perjuicios causados por un hecho previsto en el contrato de cuyas consecuencias sea civilmente responsable el asegurado, conforme a derecho" ; y otra cosa muy distinta es la garantía de daños, que no depende del concepto jurídico-civil de la culpa, sino de las condiciones pactadas por las partes en el ámbito de la libre autonomía de la voluntad propia del art. 1.255 del CC .

Atendido lo cual, no existe dificultad alguna en considerar indemnizables las consecuencias dañosas del incendio, derivadas para los elementos comunes del inmueble, con cargo a la garantía de responsabilidad civil de la póliza suscrita por la entidad Zurich con el propietario de la vivienda en la que se originó el incendio; al mismo tiempo que se consideran igualmente indemnizables los daños producidos en los elementos privativos de la vivienda 1º A, con cargo a la cobertura de incendio contenida en las pólizas suscritas respectivamente con las dos compañías aquí litigantes, por la Comunidad de Propietarios así como por el titular de la vivienda 1º A. Y siendo ello así, como se expondrá seguidamente en extenso, no existirá cosa juzgada entre la sentencia que reconoce indemnización a cargo de la aseguradora de la vivienda con cargo a la garantía de responsabilidad civil, con respecto a la dictada en procedimiento en el que se acciona con cargo a la garantía de daños, al no darse el requisito de la identidad de acciones, por responder éstas a distinta causa de pedir. Y ello, independientemente de la causa que hubiera de tenerse por desencadenante del siniestro, la cual, en todo caso, y por más que difiera en el mecanismo concreto, según el texto de las sentencias confrontadas por la



proponente de la excepción, no deja de revertir en ambos casos en el ámbito del deber de diligencia exigible al ocupante de la vivienda asegurada por la aquí actora.

Por lo cual, el motivo se desestima.

TERCERO : Que, por lo que respecta al motivo que opone la improcedencia de apreciar la concurrencia de seguros de daños, a favor de la compañía aseguradora de la responsabilidad civil del causante, discrepa esta Sala del criterio de incompatibilidad entre ambas coberturas, en los términos de la citada sentencia de la A. Provincial de Barcelona, Secc. 16ª, de 25 de abril de 2013 , según la cual, la aplicación de la cobertura de daños vaciaría de contenido la responsabilidad civil del causante si otro es llamado a participar o disminuir dicha cobertura. Pues, como se ha dicho, la cobertura de responsabilidad civil, que se proyecta frente a terceros, tan sólo es predicable del reconocimiento de la culpa en términos jurídicos, "*conforme a derecho*", según el citado art. 73 de la LCS ; mientras que la cobertura de daños viene configurada por la libre autonomía de la voluntad de las partes. Lo cual tiene indudable trascendencia, pues nada impide, conforme a lo expuesto, que junto con la cobertura de responsabilidad civil, frente a terceros, se pacte la cobertura de los daños derivados para el propio tomador del hecho determinante de la responsabilidad asegurada; como, por otra parte, y como hecho notorio, es lo habitual en el seguro de la vivienda, o del hogar. Tal y como ocurre en el caso de las dos pólizas suscritas con las respectivas compañías litigantes, en las que, como veremos, en ningún caso queda excluida la cobertura de los daños derivados para el asegurado, aún para el caso de su responsabilidad en el siniestro. De esta forma, y dado que no existe discusión en cuanto al reconocimiento de la condición de tomador a favor del comunero integrante de la comunidad asegurada por la póliza que garantiza los riesgos del edificio en régimen horizontal (citamos la sentencia de la A. Provincial de Salamanca, Secc. 1ª, de 20 de diciembre de 2011 , o la de esta misma Sala de 5 de mayo de 2009), la entidad Segur Caixa, aseguradora del edificio, vendrá obligada a indemnizar los daños causados por el incendio en que consiste el riesgo asegurado, en iguales términos que la compañía Zurich, aseguradora de la vivienda privativa de dicho comunero asegurado. Pues en ambos casos, y según sus respectivos condicionados, ambas compañías concurren a garantizar el mismo riesgo frente al mismo tomador, por el mismo período de tiempo, de forma simultánea y no sucesiva. Dándose, en consecuencia, los requisitos del art. 32 de la LCS para la concurrencia de seguros, en aplicación de la regla proporcional de la que resulta el pronunciamiento de condena que recoge la sentencia aquí apelada. Sin que, en consecuencia, la concertación de la doble garantía, de responsabilidad civil y daños, pueda beneficiar a una u otra aseguradora, pues ambas son igualmente exigibles conforme a lo pactado, una vez satisfecha la correspondiente prima y, si se quiere, en evitación del enriquecimiento injusto que se derivaría para la aseguradora de la Comunidad de Propietarios que, habiendo cobrado la prima por la garantía de daños de las viviendas, hubiera de verse liberada de hacer efectiva la indemnización, por la proporción correspondiente, en base a la responsabilidad civil del propio comunero tomador que en ningún caso figura como excluyente de la cobertura contratada.

En este sentido, como recoge la sentencia de la A. Provincial de Barcelona, Secc. 1ª, de 19 de febrero de 2018 , con respecto al art. 32 de la LCS , "*la doctrina ha resaltado que la finalidad de la norma es, o debe ser, dar respuesta al cumplimiento del principio indemnizatorio que rige el derecho de daños, así como evitar un enriquecimiento injusto tanto para el asegurado como para las diferentes aseguradoras que pueden verse implicadas en un siniestro en caso de concurrencia de seguros.*

Y en cuanto al requisito de que sea un único tomador, la jurisprudencia ha venido sosteniendo que cuando se produce un siniestro en un edificio constituido en régimen de propiedad horizontal sobre el que existen dos contratos de seguro, un seguro comunitario, cuyo tomador es la comunidad de propietarios, y un contrato de seguro de hogar, cuyo tomador es un copropietario de dicho edificio, se ha de estimar que existe un mismo tomador, ya que, realmente, los tomadores de la póliza de la comunidad de propietarios son todos y cada uno de los diferentes copropietarios del edificio, por lo que, en cuanto al continente asegurado por ambas pólizas , se aplica la correspondiente concurrencia en cuanto a los daños propios. En este sentido se ha pronunciado la Sección 11ª de esta Audiencia Provincial en Sentencia de 14-1-2016, la Sección 13ª en Sentencia de 16-7-2010, o la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 19ª, en Sentencia de 19-7-2017 en la que señala "en estos casos se puede apreciar la existencia de un mismo tomador por cuanto, a pesar de que nominalmente sea la comunidad de propietarios la que contrata, lo hace en beneficio y por sustitución representativa de cada uno de los comuneros, por lo que, en realidad, cada uno de éstos sería titular del contrato en la parte correspondiente a su cuota de participación en el total de la finca" .

En el caso de autos la resolución de instancia señala que concurren todos los requisitos para que prospere la acción entablada por Segurcaixa, siendo incontrovertidos tanto el origen del incendio, que se sitúa en el piso NUM001 . NUM002 , vivienda asegurada por Segurcaixa, como el hecho de que la demandada Fiatc aseguraba a la comunidad de propietarios de la que el referido piso forma parte" .



Por último, y en la misma línea, citamos la sentencia de esta misma Secc. 5ª de la A. Provincial de Granada, de 5 de mayo de 2009, conforme a la cual, *"según resulta de la póliza, la Comunidad de Propietarios aparecía cómo tomadora del seguro, pero el objeto del seguro era el conjunto inmobiliario en su totalidad, comprensivo de las veinte viviendas que lo componían, estando determinada la suma asegurada asimismo globalmente en su totalidad."*

Ha de concluirse, por tanto, que todo el conjunto y todas y cada una de las viviendas estaban amparadas por el seguro multirriesgo con la entidad actora, gozando de cobertura de incendio en los términos establecidos en la póliza, de modo que la circunstancia de ocurrir el incendio en una de las viviendas y extenderse a las demás, no excluye la obligación del asegurador de reparar los daños producidos por el incendio en todas ellas, en la medida en que todas ellas fueron consideradas como un conjunto al concertarse el contrato".

Por lo cual, el motivo se desestima.

CUARTO : Que, en lo referente a la limitación de cobertura en función del contenido de determinadas cláusulas del condicionado general de la póliza, y comenzando por la prevista en el apartado 2.2.c), tenemos que significar que, independientemente del sentido interpretativo que deba recibir la condición relativa a exclusión de la cobertura de incendio para *"los actos cometidos por personas con relación contractual con el asegurado, así como por los ocupantes del edificio a título individual"*, lo cierto es que estamos ante una cláusula limitativa de la cobertura, y no delimitadora. Siendo ello así, hasta el punto de que prácticamente vacía de contenido la cobertura, al excluir las consecuencias dañosas de actos provenientes de los ocupantes del edificio a título individual; es decir, provenientes de la posesión, mediata o inmediata, de los propios tomadores, en su calidad de propietarios de las viviendas en que se divide el edificio asegurado, reduciendo la cobertura a los actos provenientes de terceros y siempre que no tengan relación contractual con la comunidad asegurada.

La cuestión sobre la identificación de las condiciones limitativas, frente a las delimitadoras del riesgo en el contrato de seguro, ha sido objeto de amplio tratamiento por la jurisprudencia, que, en líneas generales, y muy especialmente según la sentencia del Pleno de 11 de septiembre de 2006, reconoce que se trata de una materia eminentemente casuística, según la clase de riesgo en relación con el contenido de la condición y su trascendencia para el interés del asegurado, como elemento preponderante a salvaguardar, según la dicción del art. 3 de la LCS. En esta misma línea, la sentencia de 17 octubre de 2007 alude a cláusula *"inusual"* o *"cláusula sorpresiva"*, según *"la construcción de la jurisprudencia alemana, en virtud de la cual se negaba la validez de aquellas disposiciones cuya presencia en el contrato podía considerarse razonablemente como una sorpresa para el cliente, cuya regla puede enunciarse en el sentido de que no se consideran incorporadas al contrato aquéllas que, de acuerdo con las circunstancias y, en especial, con la propia naturaleza del contrato, resulten tan insólitas que el adherente no hubiera podido contar racionalmente con su existencia"*. Tal y como ocurre en el caso de la cláusula alegada por la demandada apelante que no solamente limita la cobertura de daños discutida, sino que casi la elimina, según lo expuesto. Por lo cual, y dado que dicha cláusula no ha sido expresamente aceptada, una vez que ni siquiera el condicionado general que se aporta por la parte demandada aparece firmado por el tomador, habrá de rechazarse el motivo estudiado.

Y, por lo que respecta a la cláusula 1.1.1 del condicionado general, es cierto que la redacción de la misma, como se dice en el recurso, se refiere a que la cobertura de daños *"no alcanza a los daños ocasionados por accidentes de fumador, entendiéndose como tales las quemaduras producidas en los objetos asegurados por cigarrillos, cigarros, pipas, cerillas o cualquier otro utensilio utilizado para el consumo de tabaco o similares"*. Sin embargo, la apelante omite que la misma cláusula continúa con el siguiente tenor literal: *"No obstante, sí que se cubrirán los daños sufridos por los bienes asegurados, si se propagase la llama desde el objeto directamente afectado a otros"*. Siendo esto último precisamente lo que aconteció en el caso objeto de enjuiciamiento, como, por otra parte, no es discutido por ninguno de los litigantes. Por lo que, igualmente, el motivo se desestima.

SEXTO: Que, por lo que respecta a la impugnación de la valoración de los daños, nos atenemos al criterio seguido por esta misma Sala, en sentencias como la de 24 de marzo de 2006, que, a modo de recopilación sobre la jurisprudencia en materia probatoria, reconoce la libre valoración de la prueba, sujeta a las reglas de la sana crítica, como facultad de los tribunales sustraída a los litigantes, quienes sí pueden aportar las pruebas que la normativa legal autoriza (principio dispositivo y de rogación), pero en forma alguna tratar de imponerla a los juzgadores (STS 23-9-90). Pues no puede sustituirse la valoración del Juzgador de Instancia, por la valoración que realiza cada parte recurrente, ya que tal función corresponde a aquél y no a las partes (STS 7-10-97); habida cuenta de la abundante doctrina y jurisprudencia elaborada sobre la prevalencia de la valoración de la prueba que realizan los órganos jurisdiccionales, por ser más objetiva que la de las partes en defensa de sus particulares intereses (STS 1-3-94). Y es que las pruebas están sujetas a su ponderación en concordancia con los demás medios probatorios (STS 25-1-93), en valoración conjunta (STS 30-3-88) *"...con el predominio de la libre apreciación, que es facultad de los tribunales de instancia a efectos de casación, pero cuyo criterio es también predicable en parte respecto del recurso de apelación, porque el juzgador que*



recibe la prueba puede valorarla de forma libre, aunque nunca arbitraria, transfiriendo la apelación al Tribunal de la Segunda instancia el conocimiento pleno de la cuestión, pero quedando reducida la alzada a verificar si en la valoración conjunta del material probatorio se ha comportado el Juez "a quo" de forma ilógica, arbitraria, contraria a las máximas de experiencia o a las reglas de la sana crítica, o si, por el contrario, la apreciación conjunta de la prueba es la procedente por su adecuación a los resultados obtenidos en el proceso".

En atención a lo cual, habrá de rechazarse la pretensión que trata de sustituir el criterio objetivo e imparcial del Juzgador de instancia, por el subjetivo e interesado criterio de la apelante, quien, en todo caso, recoge expresamente en su recurso las manifestaciones de su perito relativas a *"que su valoración se había quedado un poco corta"*; limitándose a cuestionar algunas partidas del informe de la demanda, pero sin proponer liquidación alternativa, una vez reconocida la inexactitud de la elaborada por su propio perito. Por lo que el motivo se desestima.

SEXTO: Que, de conformidad con el art. 398 de la LEC, procede imponer las costas de la presente alzada a la parte apelante.

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación, este Tribunal dispone, el siguiente

FALLO

Que, desestimando el recurso de apelación interpuesto por Segur Caixa Sociedad Anónima de Seguros y Reaseguros, a través de su representación procesal, contra la sentencia de fecha 20 de marzo de 2017, dictada por el Juzgado de 1ª Instancia nº 8 de Granada, en autos nº 620/2016, debemos confirmar y confirmamos la resolución impugnada. Con imposición de las costas de la presente alzada a la parte apelante.

Contra la presente resolución no cabe recurso ordinario alguno y si los extraordinario de casación e infracción procesal que, en su caso, procedan, a interponer en esta Sala, en el término de VEINTE DIAS contados a partir de su notificación y previa la constitución de los depósitos que procedan.

Así, por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

DILIGENCIA DE PUBLICACIÓN

En el día de su firma, la extiendo yo la Letrada de la Administración de justicia para hacer constar que firmada la anterior Sentencia nº 476/18 el/los lltmo/s que la dictan se incorpora al libro de su clase numerada por orden correlativo a su fecha remitiendo las correspondiente notificaciones.