

AP de Asturias (Sección 4ª) Sentencia num. 449/2011 de 2 diciembre

Seguro.

Jurisdicción:Civil

Recurso de Apelación 458/2011

Ponente:Ilmo. Sr. D. José Antonio Soto-Jove Fernández

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 4

OVIEDO

SENTENCIA: 00449/2011

Rollo: RECURSO DE APELACIÓN Nº 458/2011

NÚMERO 449

En Oviedo, a dos de Diciembre de dos mil once, la Sección Cuarta de la Ilma. Audiencia Provincial de Oviedo, compuesta por Don Francisco Tuero Aller, Presidente, Doña Nuria Zamora Pérez y Don José Antonio Soto Jove Fernández, Magistrados, ha pronunciado la siguiente:

SENTENCIA

En el recurso de apelación número **458/2011**, en autos de Procedimiento Ordinario nº 326/2010, procedentes del Juzgado de Primera Instancia número uno de Oviedo, promovido por la entidad **LA PREVISIÓN MALLORQUINA DE SEGUROS, S.A.** , demandada en primera instancia, contra , demandante en primera instancia, siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado Don José Antonio Soto Jove Fernández.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que la Ilma. Sra. Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia número uno de Oviedo dictó Sentencia con fecha once de Abril de dos mil once cuya parte dispositiva dice así: Que estimando la demanda formulada por frente a La Previsión Mallorquina de Seguros S.A., condeno a la demandada a abonar al actor

4.146'90 euros. Se impone a la parte demandada el abono de las costas.

SEGUNDO.- Contra la expresada resolución se interpuso por la parte demandada recurso de apelación, del cual se dio el preceptivo traslado, y remitiéndose los autos a esta Audiencia Provincial se sustanció el recurso, señalándose para deliberación y fallo el día veintinueve de Noviembre de dos mil once.

TERCERO.- Que en la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.-

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO

La entidad aseguradora demandada recurre la Sentencia de instancia que la condenó a abonar la cantidad reclamada por el actor correspondiente a la cobertura de indemnización diaria por enfermedad y accidente convenida en la póliza de seguro concertada entre las partes, solicitando el actor la correspondiente a una lesión de muñeca por la que causó baja en su actividad de fontanero el 1 de Julio de 2009 y delimitándola sobre el periodo 9 de Julio (excluidos 7 días de la franquicia contractual) a 24 de Noviembre de 2009 en que obtuvo el alta, tras notificarle previamente en Septiembre el centro hospitalario su inclusión en la lista de espera para intervención quirúrgica que se llevó a cabo el 27 de octubre, reiterando la apelante su argumentación principal de que tanto en las condiciones particulares y generales aportadas por el demandante, las últimas firmadas por este además como tomador en el ejemplar unido con la contestación, se hace constar que dicho tomador declara conocer y aceptar específicamente una vez examinadas las cláusulas limitativas y/o excluyentes que figuran destacadas en las condiciones Primera, Segunda en su integridad, Cuarta, Decimotercera y Decimocuarta de las condiciones generales, consignándose en la condición Primera apartado b) que para las enfermedades o accidentes que precisen de tratamiento quirúrgico los subsidios diarios se devengarán durante -"su periodo agudo, entendiéndose por éste el intervalo de tiempo existente desde la fecha en que se hubiese llevado a cabo la pertinente intervención quirúrgica hasta la fecha de cicatrización de la herida", es decir en el caso 28 días que median desde el 27 de Octubre de 2009 (intervención quirúrgica) hasta el 24 de Noviembre (alta) que deducido el periodo de franquicia se concretarían en 21 días determinantes de una indemnización de 631'05 euros, si bien en la contestación no se formuló allanamiento parcial por esta suma sino que se interesó una íntegra desestimación de la demanda que se reitera en el recurso aunque aquella suma fue consignada en el curso del proceso.

SEGUNDO

La Juez de instancia concluyó que no hay prueba de que la condición 1º b transcrita y de carácter limitativo deducible haya sido aceptada por el actor por lo que el subsidio ha de concederse por el periodo total de la baja. Semejante carácter se infiere como expone la Juzgadora de que mientras se conviene un subsidio diario por accidente o enfermedad de "8 a 365 días, franquicia 7 días" la condición contemplada reduce la percepción del subsidio al periodo posterior a la intervención quirúrgica, excluyendo el periodo lesional o de enfermedad precedente de asistencia inicial, diagnóstico, control de la evolución y en el caso espera para la operación, pero en todo caso el carácter limitativo y/o excluyente es expresamente asumido por la aseguradora y la operatividad y oponibilidad del contenido de la condición exige una específica aceptación del mismo por el tomador -art. 3 L.C . Seguro- que en el caso no resulta motivable, ciertamente en la Sentencia de 22 de Marzo de 2000 de esta Sala citada en el recurso se había concluido que la aportación por el tomador tanto de las condiciones particulares como de las generales donde se plasmaba la cláusula limitativa objeto de debate en aquel caso permitía inferir la asunción particular de la misma, pero en el presente supuesto es tal la extensión y entidad de las cláusulas limitativas y/o excluyentes destacadas en el condicionado general bajo color negro más intenso (siete apartados de los ocho de la condición primera, integridad de la condición segunda, cinco párrafos de los siete de la cuarta, encabezamiento y dos apartados de los cuatro de la decimotercera y mitad de la redacción de la decimocuarta) que de facto integran una parte sustancial de la generalidad del condicionado general, siendo opuesta la redacción extensiva de estipulaciones limitativas o excluyentes a la destacada que se preconiza y que es presupuesto para una aceptación específica, pues mal puede asumirse una convención como característica y distinguida entre otras si no sobresale o descuella entre el texto contractual y se difumina sin nitidez entre un amplio articulado similar a pesar de conllevar la tesis de reducir drásticamente el periodo de cobertura por enfermedad o accidente pretendido por el tomador y consignado en el condicionado particular.

TERCERO

Es esta última circunstancia la que exige mantener en el caso una rigurosidad interpretativa rechazando que la consignación formal al final del condicionado general de una aceptación de las cláusulas limitativas y/o excluyentes contenidas en sus condiciones 1, 2, 4, 13 y 14 implique, no obstante la individualización de éstas y la suscripción de la póliza de dicho condicionado, una específica asunción de una limitación de la cobertura plasmada en el condicionado particular como la pretendida por la apelante y ello porque el ya descrito como extenso clausulado limitativo de la póliza general atenta además al equilibrio prestacional de los contratantes cuasi frustrando la función objetiva del seguro para el asegurado toda vez que la cobertura

descrita en la póliza particular, un subsidio diario durante un determinado periodo en caso de enfermedad o accidente de aquel, deviene en una apariencia prestacional seriamente mermada dada la magnitud fáctica de las limitaciones recogidas, no en la propia póliza sino en la general, para la prestación del subsidio, reducida p.e. a los días de aplicación de sistemas de inmovilización, a los posteriores como en el caso enjuiciado a la intervención quirúrgica o a los de absoluto reposo domiciliario, cuando pueden ser múltiples los episodios lesionales o de enfermedad que impidan al asegurado ejercer su actividad profesional -impedimento cuya compensación es la función causal del seguro de indemnización diaria- y que sin embargo durante todo o parte de su evolución no impliquen tratamiento inmovilizador, sean precedentes a una intervención quirúrgica o no exijan "absoluto" reposo domiciliario, consideraciones que comportan la confirmación de la decisión de la Juzgadora siempre sobre la base de las particulares circunstancias concurrentes en el litigio ya analizadas.

CUARTO

De modo complementario la aseguradora argumenta una actividad laboral del actor durante el periodo reclamado opuesta a la exigencia de impedimento total para la misma recogida en la condición general primera letra 3e), pero debemos concluir con la Juzgadora en que el informe de la agencia de detectives aportado no permite deducir el desempeño de dicha actividad profesional, se constata tan solo que el demandante conduce, lleva a sus hijos al colegio, acude a una explotación ecuestre en Las Caldas, que según el resultado de la prueba testifical es regentada por su esposa y una empleada, no viendo el autor del informe que desplegara funciones propias de la explotación y no siendo equiparable al desempeño de su profesión de fontanero la mera contestación verbal y aproximada a una petición de presupuesto para obra de reforma de un piso indicando que para facilitararlo por escrito tendría que ver el inmueble pero advirtiéndole que estaba pendiente de una intervención.

QUINTO

Se traduce todo lo expuesto en una desestimación del recurso de apelación conllevante de imposición de costas de su trámite ex [art. 398 L.E.C.](#)

Por lo expuesto, la Sala dicta el siguiente:

F A L L O

Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la entidad LA PREVISIÓN MALLORQUINA DE SEGUROS, S.A. contra la Sentencia dictada por la Ilma. Sra. Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia número uno de Oviedo con fecha once de Abril de dos mil once en los autos de que dimana, confirmando dicha

resolución, con expresa imposición a la apelante de las costas procesales del recurso.

Dese al depósito constituido para recurrir el cauce legal.

Las resoluciones definitivas dictadas por las Audiencias Provinciales, de conformidad con lo prevenido en el art. 466 de la L.E.C ., serán susceptibles de los Recursos de Infracción Procesal y de Casación, en los casos, por los motivos y con los requisitos prevenidos en los arts. 469 y ss., 477 y ss. y Disposición Final 16ª, todo ello de la L.E.C ., debiendo interponerse en el plazo de **VEINTE DÍAS** ante éste Tribunal, con constitución del depósito de 50 euros en la cuenta de consignaciones de este Tribunal en el Banco Español de Crédito 3370 e indicación de tipo de recurso (04: Extraordinario por infracción procesal y 06: por casación) y expediente.

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