

# Audiencia Provincial

## AP de Barcelona (Sección 1ª) Sentencia num. 384/2014 de 15 septiembre

**SEGURO DE ENFERMEDAD:** RECLAMACION DE CANTIDAD: procedencia: incapacidad parcial: inexactitudes o reticencias por parte del asegurado a la hora de cumplimentar el cuestionario de salud por culpa o negligencia: no cabe reducción de la indemnización: cláusula de indisputabilidad es también aplicable a los seguros de enfermedad.

**Jurisdicción:**Civil

Recurso de Apelación 862/2012

**Ponente:**Ilmo. Sr. D. Ramón Vidal Carou

### **AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA**

#### **SECCIÓN PRIMERA**

**ROLLO Nº 862/12**

**Procedente del procedimiento ordinario nº 1335/11**

**Juzgado de Primera Instancia nº 36 de Barcelona**

#### **SENTENCIA Nº 384**

Barcelona, a quince de septiembre de dos mil catorce.

La Sección Primera de la Audiencia provincial de Barcelona, formada por los Magistrados **Doña M<sup>a</sup> Dolors PORTELLA LLUCH, Doña María Dolors MONTOLIO SERRA y Don Ramón VIDAL CAROU**, actuando la primera de ellos como Presidente del Tribunal, ha visto el recurso de apelación nº 862/12, interpuesto contra la sentencia dictada el día 29 de junio de 2012 en el procedimiento nº 1335/11, tramitado por el Juzgado de Primera Instancia nº 36 de Barcelona en el que es recurrente Don y apelada **PREVISIÓN MALLORQUINA DE SEGUROS, S.A.** y previa deliberación pronuncia en nombre de S.M. el Rey de España la siguiente resolución.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** La sentencia antes señalada, tras los correspondientes Fundamentos de Derecho, establece en su fallo lo siguiente: "Que desestimando la demanda presentada por la Sra. n en representación de D. asistido por el Sr. frente a LA PREVISIÓN MALLORQUINA DE SEGUROS S.A. representada por la Sra. y asistida por el Sr. e, se absuelve a la demandada de las peticiones de la actora, con expresa imposición a ésta de las costas causadas."

**SEGUNDO.-** Las partes antes identificadas han expresado en sus respectivos escritos de apelación y, en su caso, de contestación, las peticiones a las que se concreta su impugnación y los argumentos en los que las fundamentan, que se encuentran unidos a los autos.

Fundamenta la decisión del Tribunal el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente **Don Ramón VIDAL CAROU.**

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO

#### **Antecedentes y objeto del recurso.**

Por Pelayo , quien tenía contratado con LA PREVISION MALLORQUINA DE SEGUROS SA un seguro de enfermedad denominado "élite-pm profesional" que cubría el riesgo de 'incapacidad temporal total', se presentó demanda frente a dicha aseguradora para reclamar el pago de 8.590 euros pues a consecuencia de una "Arteritis de Horton" (inflamación de los vasos sanguíneos del nervio óptico) permaneció 337 días de baja y por dicha aseguradora tan solo se le había pagado 5.270 euros en vez de los 14.175 euros que le correspondían, contestándose por dicha aseguradora que el asegurado había faltado a la verdad cuando rellenó el cuestionario de salud y que, de conformidad con los art. 1 , 4 y 10 de la Ley de Contrato de Seguro, había procedido a reducir la indemnización al verdadero nivel de riesgo asumido y la prima satisfecha.

La sentencia de primera instancia desestimó la demanda presentada al considerar que el asegurado demandante no había informado de aspectos relevantes para la evaluación del riesgo pese a que el cuestionario de salud al que había sido sometido "era lo suficientemente concreto" e incluía expresamente preguntas sobre enfermedades que padecía (hipertensión y trastornos en la vesícula biliar) que las contestó negativamente por lo que, en definitiva, la aseguradora había actuado conforme a derecho al reducir la prestación comprometida de acuerdo con el [artículo 10.3 LCS](#) .

La anterior sentencia es recurrida en apelación por el asegurado demandante

alegando para ello error en la valoración de las pruebas, singularmente por otorgar una especial preeminencia a la pericial de la aseguradora frente a la documental expedida por organismo públicos dependientes de la Administración que acreditaban una mayor imparcialidad objetiva. Más concretamente el perito Abel destaca que la HTA (hipertensión arterial) y la DLP (Dislipemia) estaban diagnosticadas desde hacía más de diez años pero se ignora que nunca había seguido tratamiento por tales enfermedades y que el infarto de miocardio no fue determinante para la incapacidad permanente reconocida finalmente por el INSS sino la pérdida de visión en un ojo a consecuencia de una 'Arteritis de Horton' la cual le impidió continuar desempeñando su actividad profesional de taxista. En segundo lugar, alega infracción del [artículo 10 y 89](#) LCS y la doctrina jurisprudencial en torno a los mismos por cuanto no existiendo dolo o culpa grave del asegurado, al haber transcurrido un año desde la fecha de conclusión del contrato, entraría en juego la cláusula de incontestabilidad. Y, en tercer y último lugar, infracción del art. 394 LCS por presentar la cuestión debatida serias dudas de hecho y derecho y no estar justificada la imposición de costas contenidas en la sentencia apelada.

## SEGUNDO

### **Error en la valoración de las pruebas.**

Dado que las partes discrepan de las facultades que tienen los Tribunales de apelación para revisar la valoración de la prueba que ha sido apreciada directamente por el juzgador 'a quo' cuando la misma no resulta arbitraria, ilógica o contraria a la razón, baste recordar que la segunda instancia se configura como una '*revisio prioris instantiae*' en la que el Tribunal superior u órgano 'ad quem' tiene plena competencia para revisar todo lo actuado por el juzgador de instancia, tanto en lo que afecta a los hechos (quaestio facti) como en lo relativo a las cuestiones jurídicas oportunamente deducidas por las partes (quaestio iuris), en orden a comprobar si la resolución recurrida se ajusta o no a las normas procesales y sustantivas que eran aplicables al caso, con dos limitaciones: la prohibición de la '*reformatio in peius*', y la imposibilidad de entrar a conocer sobre aquellos extremos que hayan sido consentidos por no haber sido objeto de impugnación ('*tantum devolutum quantum appellatum*') según recuerda la [STC núm. 212/2000, de 18 de septiembre](#).

Sentada la plena legitimidad de este Tribunal para valorar, en uso de la función revisora que le es propia (art. 456 LECi), todas las pruebas practicadas en la primera instancia, este Tribunal no puede más que compartir las conclusiones probatorias que se contienen en la sentencia apelada y rechazar que pueda haberse dado una preeminencia injustificada a la pericial Don. pues la misma se limita a poner de manifiesto, a partir de la documental médica obrante a los autos al tiempo de

cumplimentar el cuestionario de salud el día 24 de febrero de 2009, el asegurado ya tenía diagnosticada una Hipertensión Arterial (HTA) desde hacía cuando menos diez años y una Litiasis Biliar ( o colelitiasis que es la existencia de cálculos en la vesícula) desde el año 2005 y que estaba pendiente de tratamiento quirúrgico (extirpación de la vesícula biliar) y que ambas patologías presentaban un mayor riesgo de desencadenar otras enfermedades, principalmente cardíacas en el caso de la HTA.

Y ambas enfermedades fueron silenciadas por el asegurado, como perfectamente se aprecia al observar el cuestionario y las respuestas a las preguntas número 2 ("¿padece hipertensión?") y número 10 ("en caso de haber padecido o padecer una o varias de los siguientes procesos, indíquenos la enfermedad y la fecha en la que lo padeció... trastornos del aparato digestivo, hígado o vesícula biliar..."). Ciertamente las preguntas número 25 ("si en los últimos años ¿ha sido sometido a pruebas de diagnóstico tales como ecografías, pruebas de esfuerzo, electrocardiogramas, angiografías, scanner o Tac, Doppler, resonancia magnética, mamografías, endoscopias, analíticas, biopsias, etc.?" ) y número 30 ("está en la actualidad bajo control médico? Indicar tratamiento terapéutico y motivo") son más indeterminadas y quizás no tan relevantes pero no obsta para afirmar, como bien dice la sentencia apelada, que nos encontramos ante un claro supuesto de inexactitudes o reservas que, como seguidamente se verá, no se atribuyen a una actuación dolosa del asegurado sino a una simple negligencia o culpa leve a la hora de responder el cuestionario presentado.

### TERCERO

#### **Infracción de los [artículos 10 y 89 LCS](#).**

Afirmada pues la existencia de inexactitudes o reticencias por parte del asegurado a la hora de cumplimentar el cuestionario de salud, se trata ahora de ver cuáles son las consecuencias asociadas al incumplimiento del este deber.

Al respecto, conviene recordar que el [artículo 10](#) LCS establece, con carácter general para toda clase de seguro, el deber que tiene todo tomador "de declarar al asegurador, de acuerdo con el cuestionario que éste le someta, todas las circunstancias por él conocidas que puedan influir en la valoración del riesgo", deber del cual solo queda exonerado si el asegurador no le somete a ningún cuestionario o cuando, aun sometiéndolo, "se trate de circunstancias que puedan influir en la valoración del riesgo y que no estén comprendidas en él" (párrafo 1º). Y el incumplimiento de este deber faculta al asegurador a rescindir el contrato (párrafo 2º) y si el siniestro acontece antes de producirse dicha rescisión, a reducir la prestación a la que viene obligado en proporción a "la diferencia entre la prima convenida y la que

se hubiese aplicado de haberse conocido la verdadera entidad del riesgo" aunque "si medió dolo o culpa grave del tomador del seguro quedará el asegurador liberado del pago de la prestación" (párrafo 3º).

Como se ve, este artículo impone al contratante de un seguro el deber de declarar con la máxima buena fe todas las circunstancias que delimitan el riesgo por ser datos trascendentales que pueden resultar influyentes a la hora de concertar el seguro. Y esta obligación del tomador es concebida más que como un deber genérico de declaración, como un deber de contestación o respuesta de lo que se le pregunta por el asegurador ya que éste, por su mayor conocimiento de la relevancia de los hechos a los efectos de la adecuada valoración del riesgo, debe preguntar al contratante aquellos datos que estime oportunos, lo que ha supuesto un cambio profundo en su concepción pues a diferencia del antiguo [art. 381](#) del [Código de Comercio](#), en el que el asegurado estaba obligado a decir todo lo que sabía sobre el riesgo y a decirlo exactamente, el [artículo 10](#) LCS circunscribe el deber de declaración al cuestionario que el asegurador someta al presunto tomador del seguro. ( STS de 15 de noviembre de 2007 ). Y el cumplimiento de este deber de declaración debe valorarse, en lo posible, " *con criterios objetivos; de manera que no se trata solamente de calificar la conducta del declarante asegurado como de buena o mala fe, sino sobre todo atenderse el Tribunal a la objetividad de si la conducta del asegurado o tomador del seguro viene a frustrar la finalidad del contrato para su contraparte al proporcionarle datos inexactos o manifestar una actitud de reserva mental que le viene a desorientar e impulsar a celebrar un contrato que no hubiera concertado de haber conocido la situación real del tomador del seguro o al menos si éste le hubiera manifestado todas las circunstancias que conocía. Como la doctrina científica afirma razonablemente, la violación resulta de un hecho puramente objetivo: el riesgo declarado y tenido en cuenta a la hora de la perfección del contrato es diverso al riesgo real que existía en aquel momento* " ( STS de 31 de mayo de 2004 y las que en ella se citan).

Pues bien, de la lectura del [art. 10](#) LCS se desprende claramente el diferente tratamiento que tienen las inexactitudes o reticencias que son debidas al dolo (denegación de la prestación) de las que se explican por simple culpa o imprudencia del tomador (reducción proporcional de la prestación) y conviene tener presente que por la aseguradora demandada nunca se ha excepcionado el dolo o la culpa grave del asegurado, que incluso podía haberle liberado de toda obligación de indemnizarle, sino tan solo que dichas inexactitudes o reticencias eran debidas a culpa o negligencia y, consecuentemente, que estaba justificada una reducción proporcional de la prestación debida conforme al [art. 10.2](#) LCS .

Sostiene la recurrente que al haber transcurrido más de un año entre la suscripción

del contrato (marzo 2009) y el conocimiento por la aseguradora de lo que considera reticencias o inexactitudes (jun 2010), esta última vendría indefectiblemente obligada al pago de la prestación por disposición expresa del [art. 89](#) LCS , que resulta de aplicación preferente al [artículo 10](#) LCS en virtud del principio de especialidad, planteamiento que rechaza la aseguradora demandada por cuanto entiende que el referido artículo 89 solo opera en los seguros de vida, no en los de enfermedad.

Es pacífico entre las partes que la posibilidad de reducción de la prestación sólo es posible si no ha mediado dolo o culpa grave ( STS 2 febrero 2007 ), y que la aseguradora demandada en ningún momento ha excepcionado la llamada 'exceptio doli' por lo que, aceptada que aquellas reticencias o inexactitudes fueron debidas a simple culpa o negligencia, la cuestión se limita a ahora a determinar si la referida previsión de indisputabilidad es también aplicable a los seguros distintos a los de vida como ocurre en este caso con un seguro de enfermedad para la contingencia específica de 'incapacidad temporal total' del asegurado.

En efecto, el [artículo 89.1º](#) de la LCS, ubicado en la Secc . SEGUNDA (Seguro sobre la Vida) de su Título III (Seguro de Personas), establece que " en caso de reticencia e inexactitud en las declaraciones del tomador, que influyan en la estimación del riesgo, se estará a lo establecido en las disposiciones generales de esta Ley .Sin embargo, el asegurador no podrá impugnar el contrato una vez transcurrido el plazo de un año, a contar desde la fecha de su conclusión, a no ser que las partes hayan fijado un término más breve en la póliza y, en todo caso, salvo que el tomador del seguro haya actuado con dolo ".

Este artículo matiza el [art. 10](#) LCS anteriormente visto y consagra la llamada 'cláusula de indisputabilidad', también llamada de 'incontestabilidad'. Dicha cláusula, que puede definirse como aquella por la que el asegurador, de modo inmediato o transcurrido un cierto periodo de tiempo, renuncia a discutir los efectos perjudiciales para el beneficiario por las inexactitudes en las que haya podido incurrir el tomador del seguro a la hora de efectuar la declaración del riesgo, busca atenuar las severas consecuencias del [artículo 10](#) LCS para cuando el solicitante-asegurado incumple su deber precontractual de declaración del riesgo y tiene por objeto dotar de certeza jurídica al tomador del seguro acerca de que la póliza de seguro de vida no va a ser objeto de impugnación a consecuencia de una declaración inexacta o errónea y es acorde con el carácter de seguros de suma que los de vida tienen ( STS de 11 de Junio del 2007 ) y determina que transcurrido el plazo de un año -o el de menor duración que pueda pactarse- la aseguradora ya no podrá ni rescindir la póliza ni reducir proporcionalmente la prestación a la que viene obligada alegando reticencia o inexactitudes en la declaración del riesgo por parte del tomador del seguro, pero

siempre que el tomador no haya actuado con dolo, ocultando maliciosamente información a la aseguradora.

Pues bien, para resolver la cuestión de si la referida cláusula de indisputabilidad es también aplicable a los seguros de enfermedad, el punto de partida necesariamente debe ser el [artículo 106](#) LCS , ubicado en la Secc. CUARTA dedicada a los 'Seguros de Enfermedad y de Asistencia Sanitaria', que remite a la Sección TERCERA (" *quedarán sometidos a las normas contenidas en la sección anterior* ") dedicada a los 'Seguro de Accidentes', en la que el artículo 100 dispone, en su párrafo segundo, que " las disposiciones contenidas en los artículos 83 a 86 del seguro de vida y en el párrafo 1.º del artículo 87 son aplicables a los seguros de accidentes ", de donde resultaría que el [artículo 89](#) LCS sería tan solo de aplicación a los seguros de vida, no a los demás seguros de personas.

Pero al margen de la literalidad que resulta de este juego de remisiones normativas, la verdadera discusión se centra en si la regla de indisputabilidad contemplada en el [art. 89.3](#) LCS puede considerarse aplicable por analogía al seguro de accidentes pues, al igual que el seguro de vida, pertenecen a la misma familia o categoría de seguros, los de personas.

Y aun cuando la doctrina no parece mostrarse proclive a considerarlo aplicable (así por ejemplo Feliciano ) siendo la principal razón alegada para ello que esta cláusula se explica en los seguros de vida porque el riesgo se incrementa con el paso del tiempo y el seguro suele contratarse por un periodo de tiempo extenso, por lo que el estado de salud no declarado al tiempo de contratar el seguro no tiene por qué influir necesariamente en la producción del siniestro, es lo cierto que la STS de 1 de febrero de 1991 entendió que " *la facultad concedida al asegurador por el art. 89 de la Ley Sustantiva de 8 de octubre de 1980 " era también aplicable " por analogía para el seguro de accidentes; por tener la misma naturaleza que el seguro de vida, ya que ambos son seguros de cobertura abstracta "* y a dicho precedente judicial (no consta haya sido reiterado hasta la fecha) entiende esta Sala que debe adaptar su criterio tal y como han hecho otros Tribunales que han conocido de otras reclamaciones con fundamento en un seguro de enfermedad (así la SAP de Valencia, sección 11, de 11 de febrero de 2014 o la SAP de Guipúzcoa, sección 3, de 08 de julio de 2013 , aunque aplicada a la contingencia de 'invalidez permanente absoluta')

#### CUARTO

##### **Costas y depósito para recurrir.**

En cuanto a las costas de la primera instancia, la estimación del recurso comporta a su vez la estimación íntegra de la demanda y determina, con arreglo al artículo 394.1

LECi, que sea la parte demandante condenada al pago de las causadas en la misma. Y en relación a las costas de esta alzada, su no imposición a ninguno de los litigantes ( art. 398.1 LECi), con devolución a la parte recurrente del depósito constituido para recurrir de acuerdo con el apartado octavo de la [Disposición Adicional Decimoquinta](#) de la LOPJ tras su reforma 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.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

## F A L L O

Que, con estimación del recurso de apelación presentado por, esta Sala acuerda:

1º) Revocar la sentencia de 29 de Junio de 2012 dictada por el Juzgado de Primera instancia Número TREINTA Y SEIS de Barcelona para, con estimación de la demanda presentada, condenar a LA PREVISION MALLORQUINA DE SEGUROS SA al pago de OCHO MIL QUINIENTOS NOVENTA EUROS (8.590 €), con más los intereses del art. 20 [LCS](#) y las costas del juicio.

2º) No imponer las costas de este recurso a ninguno de los litigantes, con devolución, en su caso, a la parte recurrente del depósito constituido para recurrir.

La presente resolución es susceptible de recurso de casación de concurrir los requisitos que lo condicionan (art. 469 a 477 y Disposición Final 16ª de la LECi), debiendo presentarse ante este mismo Tribunal en el plazo de veinte días contados desde su notificación.

Firme esta resolución, devuélvanse los autos al Juzgado de su procedencia, con certificación de la misma.

Pronuncian y firman esta sentencia los Magistrados integrantes de este Tribunal arriba indicados.

**PUBLICACIÓN.-** En Barcelona, a ....., en este día, y una vez firmado por todos los Magistrados que lo han dictado, se da a la anterior Sentencia la publicidad ordenada por la Constitución y las leyes. Doy fe.