

D. LUIS MUÑOZ SABATE

Abogado

Profesor Titular de la Universidad de Barcelona

LA PRUEBA EN EL SEGURO

Me considero obligado a puntualizar antes que nada mis concepciones sobre lo que denominamos PRUEBA ya que las mismas tienen que influir sobre la exposición que les haga acerca de la prueba en el seguro.

La palabra “prueba” es un término vulgar que traspolado al derecho procesal adquiere una serie de matizaciones que obligan en primer lugar a empezar por la propia terminología.

Se habla de fuentes y de medios de prueba. La fuente es el elemento en el cual ha quedado estampada o grabada la huella del hecho histórico que vamos a intentar reproducir o representar o reconstruir en el proceso. El medio es el elemento o la actividad que desplegamos en el proceso para realizar aquella representación. Para ser más claro y poniendo un ejemplo: la fuente es la persona que presencié el hecho histórico. Cuando a esa persona la llevamos al proceso y la llamamos testigo y nos da pie para interrogarlo acerca de tal hecho, ese traslado y ese interrogatorio son el medio de prueba de que nos habla la ley. Adoptando un aire más severo y científico, la fuente es un elemento físico (en este caso neurofisiológico) ubicado en el cerebro de aquella persona que permite que el hecho histórico se grave o estampe en un conjunto de neuronas capaces de retener y almacenar la percepción de tal hecho. El medio sería la facultad que nos otorga la ley procesal para hacer comparecer al testigo en el acto del juicio y estimular en forma de preguntas la decodificación de los compuestos químicos en que se transformó aquel almacenamiento.

Las fuentes son elementos extraprocesales cuya explicación no la hallaremos en la LEC sino en las leyes de la naturaleza y en la epistemología. Los medios vienen todos regulados por la LEC, y su naturaleza es fundamentalmente jurídica.

Hay por lo tanto una actividad científico o técnica que representa la búsqueda de esas fuentes, a la que no es ajena la intuición y la imaginación,

que no podemos llamar derecho porque no es derecho, y que yo llamo PROBÁTICA y viene después una actividad jurídica, reguladora de la reproducción o decodificación de aquellos elementos a la que yo llamo DERECHO PROBATORIO, y que carente por lo general de una autonomía académica acostumbramos a incluir dentro del DERECHO PROCESAL.

Eso no quiere decir que el derecho probatorio (o si lo prefieren, el derecho procesal) no contenga algunas normas facilitadoras de la probática. Las más vistosas de todas son las que se contienen en los artículos 256 a 263 LEC como Diligencias Preparatorias de juicio, de entre las que debemos citar, para ceñirnos a nuestro tema la diligencia del número 5 del artículo 256 que permite “hasta donde se pueda” la averiguación de la existencia y contenido de un contrato de seguro. También el nº 6 del artículo 217 sobre carga de la prueba que introduce los principios de disponibilidad y facilidad probatoria, o el nº 5 del artículo 265 consagrando la prueba de detectives, y sobre todo aquellos artículos potenciadores de indicios endoprosesales derivados de la conducta de la parte como el silencio o las respuestas evasivas en la contestación a la demanda (art. 405), o las negativas y evasivas a declarar en el interrogatorio de la parte (art 307), o los efectos de la negativa a la exhibición de documentos (art. 329).

Pero en general, y para que se vea el grado de desasistencia de la probática en el proceso hay que convenir con cierto desenfado en estos dos apotegmas:

- 1- *El derecho probatorio es el peor enemigo de la probática.*
- 2- *Los hechos no son lo que son sino lo que los jueces quieren que sean.*

Todos estamos de acuerdo en la necesidad de regular la proposición y práctica de las pruebas para evitar convertir al proceso en un inacabable e ingobernable debate historiográfico pero allí donde nace el desacuerdo es cuando se rigoriza con un fundamentalismo hiperconstitucionalista la inevitable discrecionalidad que comportan los actos judiciales de admisibilidad y valoración, convirtiendo las declaraciones de impertinencia o ilicitud en un mal necesario “para el triunfo de la justicia”.

El segundo apotegma es más perverso porque no alambica una opinión, como en el primero, sino que alambica una falsedad y se defiende como una actitud tuitiva que el juez justiciero impone sobre cualquier otra evidencia porque su finalidad es que en el proceso triunfe o salga lo menos resquemada posible la parte más débil, que en el derecho de seguros, es por antonomasia y salvo muy pocas excepciones, el *asegurado*.

Hechas estas precisiones ya estoy en condiciones de anunciar que el contenido de esta conferencia sobre la prueba en el seguro no se va a referir al derecho probatorio sino a la probática, es decir, al arte (en griego *tecné*, técnica) de probar.

Pero ¿probar qué?

Por supuesto probar los hechos.

Pero ¿qué hechos?

Los hechos constitutivos, impeditivos y extintivos que se encuentran contenidos como supuesto de hecho normativo en las múltiples normas que básicamente contiene la Ley del Contrato de Seguro.

Se trata de una abigarrada categoría multiforme de hechos dotados de gran polivalencia ya que la prueba de los mismos igual sirve para probar otros supuestos normativos contenidos en otras instituciones jurídicas. Probar por ejemplo el robo del objeto asegurado con el fin de darle cobertura en el seguro es una actividad que igual sirve para probar el robo de otros bienes con fines penales o para destituir a un empleado infiel en el contrato laboral.

Cada objeto de prueba en el derecho de seguros se convierte en un *thema probandi* que goza en el proceso de la condición de hecho principal y tanto puede situarse en la zona que ocupa el actor, en cuyo caso será un hecho constitutivo, o en la zona que ocupa el demandado, llamándole entonces hecho impeditivo, extintivo o excluyente. Estos posicionamientos tienen mucha importancia ya que mediante ellos se determina a cual de las dos partes le corresponde la carga de la prueba. Si es la aseguradora quien reclama la prima a ella le corresponde la carga de probar la existencia del contrato de seguro. Pero si es el asegurado el que reclama con base a dicho contrato una indemnización por daños propios, a él le corresponderá soportar dicha carga. Lo cual merece una seria matización, porque siendo el concepto de carga equivalente al de *peso*, no nos creamos que pesan igual la carga de la prueba atribuible a una parte que a la otra, ya que la *duda* (germen de la carga) que pueda tener un juez acerca de la existencia del contrato de seguro puede tener menos peso si la aseguradora reclama una prima que no si el asegurado reclama unos daños. En el primer caso la existencia del seguro podrá más fácilmente que en el segundo evidenciarse por indicios.

Muchos son los *themas probandi* que podríamos ir extrayendo de la Ley y de nuestra experiencia judicial. Desde la existencia del contrato a la ocurrencia de cada uno de los siniestros que pueda denunciar el asegurado, pasando en este caso por la frecuente contingencia simulatoria. Desde una maliciosa contratación ex post del siniestro hasta la ocultación de determinados riesgos . Desde el pago o impago de la prima hasta la preexistencia de los objetos asegurados. Desde si se han cumplido las circunstancias de orden fáctico que condicionan la cobertura hasta la culpa grave del asegurado en el siniestro de incendio o la culpa exclusiva de la víctima en el seguro de responsabilidad civil. La lista sería inagotable y a ella habría que añadir en algunos casos el tema de la *interpretación* de determinada cláusula del contrato, pues aun cuando se acepte que la interpretación no es prueba hay muchas interpretaciones que se basan en inferencias factuales.

Convencido de que esta conferencia no toleraría una exposición probática exhaustiva me he permitido seleccionar cuatro *themas probandi* que considero de interés porque recogen circunstancias muy diferentes. Voy por tanto a referirme a la prueba de la existencia del contrato, la prueba de la preexistencia de los bienes en el seguro de daños, la prueba del conocimiento del estado de salud en el seguro de vida y la prueba del incendio provocado por el asegurado.

PRUEBA DE LA EXISTENCIA DEL CONTRATO

A) Puesto que sería ocioso citar las varias sentencias del Tribunal Supremo que a menudo se invocan para demostrar la admisibilidad de la forma no escrita para el contrato de seguro, nos detendremos en el argumento que hacen valer todos los hiperformalistas.¹

Arguyen que la doctrina favorable a la forma no escrita solo es de aplicación cuando merced a ella se favorezca al asegurado, lo cual significa, aunque no lo digan que no puede ser de aplicación cuando se favorezca a la aseguradora. Esta disimetría en el tratamiento de la cuestión la pretenden extraer del artículo 2 de la Ley del Contrato de Seguro el cual establece que “se entenderán válidas las cláusulas contractuales que sean más beneficiosas para el asegurado”.

Fácilmente puede desmantelarse este sofisma atendiendo a que la norma se está refiriendo concretamente a la valoración de las cláusulas de un

¹ T.S. 27 noviembre 1991, 9 diciembre 1994 y 22 diciembre 1995

contrato cuando las mismas discrepen de lo regulado en la propia Ley, estableciendo que si la cláusula resulta más beneficiosa para el asegurado se entenderá válida pese a su apariencia contra legem.

Pero este excepcional privilegio “pro asegurado” no puede aplicarse por analogía (como ningún privilegio) para establecer la siguiente doctrina: el contrato de seguro deberá constar por escrito si con el intenta valerse el asegurador, pero podrá constar verbalmente si quién quiere valerse del mismo es el asegurado. Tan perversa discriminación, que pugna abiertamente no ya con la coherencia jurídica sino con el propio derecho constitucional situaría a las aseguradoras en un limbo probatorio en el caso de que para su defensa en juicio no dispusieran, por algún motivo, del contrato de seguro y les fuera imposible presentar otras pruebas igual de vigorosas. Ciertamente lo normal es que el contrato se extienda por escrito; no tan profundamente habitual, pero igualmente normal es que también se extiendan por escrito las distintas contingencias que vaya experimentando a lo largo de su vida. Pero el principio de normalidad no es un principio axiomático hasta el punto que pretenden los recurrentes, quienes por lo visto han prestado poca atención a unas sibilinas palabras que contiene la jurisprudencia más progresista cuando dice que nada está reñido a que *“en algún supuesto excepcional –no ciertamente frecuente- pueda probarse la existencia de algún contrato de seguro o de alguna modificación del mismo, aunque no aparezca rigurosamente cumplimentado tal requisito formal”*.

B) Debemos reconocer que el panorama actual y la realidad social de nuestros días son intensamente proclives a que el contrato de seguro o cualquiera de sus novaciones pueda ser diligenciado a través de la llamada “plataforma telefónica de la compañía” que como no cabe duda se trata ya de un hecho notorio, a tono como acabo de decir con la realidad social de nuestros días y que el derecho, siempre algo más retrasado que dicha realidad ha recogido perfectamente en la Ley de 34/2002 de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico que entró en vigor el 13 de octubre de 2002 y la Directiva 2.002/65 (CE de 23 de septiembre de 2002) relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores.

Los contratos celebrados por vía electrónica son *“aquellos en que la oferta y la aceptación se transmiten por medio de equipos electrónicos de tratamiento y almacenamiento de datos, conectados a una red de telecomunicaciones”*. Según el artículo 23 de la LCE, *“Los contratos celebrados por vía electrónica producirán todos los efectos previstos por*

el ordenamiento jurídico, cuando concurran el consentimiento y los demás requisitos necesarios para su validez”

El motivo de estas referencias es el de reforzar esta alusión al comercio electrónico dentro del cual cabe, como no podía ser menos, el contrato de seguro según la opinión de UNESPA (Circular 1/2003) de 7 marzo 2003 que aunque anterior a los textos normativos que acabamos de señalar tiene el valor paradigmático de todas aquellas conductas “pre-reguladas” por la ley, avaladas por la costumbre y además, en nuestro caso, susceptible de desplegar un campo de prueba que demuestre la existencia del contrato o de su modificación o extinción sin pasar por el rígido esquema del artículo 5 de la LCS, veinte años anterior a nuestra era de la información.

A continuación voy a plantearles algunas cuestiones más concretas, referentes a este primer punto, sobre la prueba de la existencia del contrato:

1.- *¿Debe siempre constar mediante póliza?*

R. El artículo 5 de la Ley del Contrato de Seguro establece que el contrato y sus modificaciones y adiciones deberán ser formalizados por escrito. La cuestión, pues, estriba en si estamos ante un requisito constitutivo, formal y solemne, de todo punto necesario para que el contrato se perfeccione, o por el contrato es consensual y se perfecciona por el mero acuerdo de voluntades, de modo que la forma escrita únicamente tiende a facilitar la prueba sobre su existencia y contenido.. En la doctrina existen pareceres discrepantes, pero el Tribunal Supremo ha sostenido, no solo antes de la Ley de 1880 (s.s. 6 octubre 1964, 9 diciembre 1965 y 19 enero 1967) sino también con posterioridad a la promulgación de ésta, como en la sentencia de 22 de diciembre de 1990 que “la exigencia formal que establece el artículo 5 de la Ley del Seguro al no integrar uno de los pocos supuestos admitidos en nuestro ordenamiento jurídico de la forma “ad solemnitatem” o “ad substantiam”, no impide que, en algún supuesto excepcional,- no ciertamente frecuente- pueda probarse la existencia de algún contrato de seguro o de alguna modificación en el mismo, aunque no aparezca rigurosamente cumplimentado el requisito formal, que en pura teoría lo es “ad probationem”. Otras sentencias que se pronuncian en este sentido son las de 27 noviembre 1991, 9 diciembre 1994 y 22 diciembre 1995, en las que no se exige la forma escrita “ad solemnitatem” deduciéndose que puede probarse la existencia del contrato por otros medios de prueba.

2.- *El indicio FIVA*

R. El FIVA es un fichero informativo creado mediante soporte magnético que gestiona la Dirección General de Seguros y fue creado por su Resolución de 8 de marzo 1996, permitiendo registrar y conocer al día la matrícula de un vehículo, el número de su póliza de seguros y la consiguiente entidad aseguradora así como otras incidencias. Existe un proceso nocturno automatizado por el cual se generan diariamente las fichas relativas a cartera y nueva producción de las aseguradoras para su inmediato envío al Consorcio de Compensación de Seguros a través de la red de comunicación IBERPAC mediante la utilización de la plataforma de comunicación EDItran.

El FIVA se nutre de los datos que diariamente le proporcionan las compañías aseguradoras a través de un sistema igualmente automatizado que se deriva de sus plataformas electrónicas, merced al cual puede llegar a presumirse que lo comunicado es verdad. No se trata ciertamente de establecer una presunción *iuris et de iure*, pero obviamente si el FIVA certifica sobre el aseguramiento del vehículo éste debe en principio tenerse por acreditado cuando quien lo invoca es el asegurado o tercera persona, correspondiendo a la compañía aseguradora demostrar su inexistencia o anulación.² Otra cosa podría resultar si quien pretendiera aprovecharse de la información del FIVA fuese la propia aseguradora, ya que es ella quien le proporciona los datos, pero a parte de las conexiones electrónicas que podrían llegar a desordenar una parte del sistema de la aseguradora si ésta proporcionara al FIVA datos falsos, es pertinente invocar el principio de la *uberrima fides* de modo que sin llegar a constituir en este último supuesto un vigoroso indicio no deja de tener una determinada potencia semiótica si se combina con otras pruebas.

3.- Si el seguro se concierta por teléfono ¿Cómo se prueba?

R. Ya la sentencia de la Audiencia de Sevilla de 18 mayo 1979 (RGD enero 1980, pág. 70), mencionaba una sentencia del Tribunal Supremo de de 3 enero 1948 en la que éste admitió la validez de un seguro aceptado verbalmente por teléfono. Obviamente, y a parte de la prueba testifical del recepcionista de la llamada, lo difícil, aunque no imposible, será aquí demostrar el hecho por otros medios, a no ser que la llamada se haya grabado en cinta magnetofónica u otro medio parecido, o existan actos coetáneos o posteriores que demuestren tal concertación como el hecho de haber admitido la compañía el importe de las primas, o la de haber realizado ciertos pagos a cuenta de la indemnización, o la de haber

² Audiencia de Pontevedra 15 enero 2001, RGD nº 680, pág. 4700.

rechazado el siniestro por falta de cobertura, o el telegrama del asegurador a la empresa responsable del accidente invitándole a verificar los daños ocasionados, o la pericial contable mediante el examen de los libros de la compañía. También se ha admitido como aquiescencia tácita el silencio de la aseguradora cuando el asegurado la requirió de pago telegráficamente.³ Como podemos ver todos estos indicios se orientan a favor del asegurado, es decir, a favor de la existencia del contrato. Pero no hemos de marginar la prueba de la tesis contraria, es decir, la demostración de que el asegurado denunció verbalmente el contrato, cosa que no es raro que ocurra y que complica enormemente el panorama si a los pocos días acaece un siniestro. El haber gestionado en el interín una solicitud con una nueva aseguradora o el haber dado expresa orden al banco de no satisfacer las primas pueden resultar buenos indicios. Con menor valencia probática aunque en modo alguno desdeñable se situaría el hecho de haber procedido el asegurado a la venta del objeto asegurado, o el dato de unas conversaciones telefónicas entre ambos o entre el asegurado y su agente, cercanas en todo caso a la época de extinción convencional del contrato.

4.- *¿A quién corresponde la carga de la prueba del contenido de la póliza?*

.R. Demostrada, como presupuesto previo, la existencia de un seguro, cuya prueba no corresponde precisamente a la aseguradora, si en cambio que a partir de este punto es esta última la que debe demostrar cuales son las características y límites cuantitativos de la póliza existente.⁴ Quiere esto decir que de no hacerlo prevalecerá la tesis adversa sobre dichas características o límites, aunque este privilegio, que pudiera hoy día tener su fundamento en el artículo 329 LEC, resulta a mi parecer más lógico cuando quien reclama es un tercero ajeno al contrato (seguro de responsabilidad civil por ejemplo) que no el propio asegurado (seguro de daños propios), ya que en este último caso debe suponerse que el asegurado conserva un ejemplar de la póliza. Solo cuando a su vez acredite que la ha extraviado o nunca la recibió podrá equipararse su posición a la de un tercero.

5.- *Valor de la conducta procesal de las partes*

R. El apoderado de la compañía no se pronuncia tampoco en términos negativos cuando se le pregunta sobre la existencia de la póliza del seguro voluntario, sino con una mera evasiva al decir que no puede asegurarlo por no tener la póliza a la vista, afirmación que está corroborando la existencia de la misma, todo ello con independencia de que en esta materia debe

³ Audiencia de Barcelona 24 marzo 1983, RJC II, pág. 653

⁴ Audiencia de Barcelona 24 febrero 2000, RGD nº 672, pág. 12.187

exigirse a las compañías de seguros una plena lealtad procesal en el sentido de ser totalmente veraces en cuanto a la negación o reconocimiento de las pólizas invocadas de contrario, actitud esta de veracidad que pugna con las posturas de evasivas como la presente y que deben ser consideradas como admisión tácita.⁵ De haber existido póliza concertada con A, el conductor del vehículo la hubiera exhibido a la policía o para evitar la sanción por inexistencia de seguro y se hubiera igualmente aportado al procedimiento.⁶

6.-Probar si era una mera solicitud de seguro o ya una propuesta.

R. Vale la pena recordar lo que a este fin determina el artículo 6 de la Ley del Contrato de Seguro: La *solicitud* de seguro no vinculará al solicitante. La *proposición* de seguro por el asegurador vinculará al proponente durante un plazo de quince días. Existen, pues, dos documentos, uno a cargo del asegurado, que por sí solo no determina el nacimiento del contrato y otro a cargo de la aseguradora que constituye ya un anticipo vinculante del contrato.

En el caso de autos, aunque en el impreso se utilizaba la palabra “solicitud”, en realidad no lo era, ya que junto a la firma del solicitante figuraba la del inspector de la aseguradora, se determinaban todas las condiciones del seguro y además, no es lógico que sea el asegurado el que calcule con toda exactitud el importe de la prima, el de los impuestos repercutibles y el llamado “Rec. Externo”. Estos cálculos son propios de profesionales del ramo asegurador.

CUESTIONARIO DE SALUD. OCULTACIÓN DE DATOS

1.-¿Cómo probar que el asegurado no lo firmó en blanco?

R. Nos apresuramos a reconocer que la pregunta está mal formulada porque si en la demanda se dice que el asegurado había firmado distintos documentos ante el corredor de seguros que había formalizado la póliza y que perfectamente podía haber suscrito en blanco el cuestionario, la verdad es que “no puede aceptarse que un documento que se firma, lo haya sido en blanco sin que exista prueba de ello, pues lo contrario conduciría como es obvio, a la más absoluta inseguridad jurídica”.⁷ Suele ser frecuente en tales casos que quién alega haber firmado en blanco un documento aduzca como prueba algunas ciertas inveracidades en su contenido, que por referirse a

⁵ Audiencia Territorial de Oviedo, 3º noviembre 1979, RGD enero 198º, pág. 131)

⁶ Audiencia de Valencia, 21 febrero 2000, RGD nº 670-1, pág. 10.306

⁷ Audiencia de Barcelona, 23 enero 2001, RJC nº 2 , pág.403.

datos más o menos íntimamente personales demuestran la imposibilidad de que hayan podido tener como autor de las mismas al propio firmante. Por ejemplo, en el caso que se analiza el asegurado denunciaba el error de haber hecho constar en el documento que su padre falleció de accidente de tráfico, cuando había muerto de cáncer, así como que había sido declarado apto para el servicio militar, cuando había ocurrido cabalmente lo contrario. Pero tales indicios son agudamente infirmados por el Tribunal razonando que precisamente la enfermedad de su padre y la exención del servicio militar por causas de salud podían haber alertado a la compañía aseguradora a la hora de contratar el seguro, de modo que no es absurdo pensar que tales datos fueran precisamente un invento del asegurado.

2.-El principio de normalidad y el conocimiento del mal estado del asegurado por la compañía.

R. Parece que ambas proposiciones son incompatibles. Dicho conocimiento puede ser el último refugio al que acuden los asegurados cuando se les descubre la mendacidad de su buen estado de salud, y aunque es a ellos a quienes corresponde la carga de la prueba, vale en su contra oponer un sencillo *argumentum*. Según la misma sentencia “no hay ninguna constancia de que la aseguradora conociese la inexactitud de las declaraciones del asegurado; conocimiento que no puede deducirse de la forma en que se desarrollaron los hechos, pues *lo normal* no es que las aseguradoras contraten seguros de vida y de invalidez conociendo que el asegurado tiene importantes patologías que hagan verosímil o altamente probable la producción del siniestro en un plazo de tiempo relativamente corto” En el supuesto de autos el asegurado venía padeciendo insuficiencia renal crónica, secundaria a nefropatía intersticial por reflujo, conocida desde 1973, lo que le había conducido a sometimiento a diálisis desde mayo de 1981, hasta que se le practicó un trasplante renal el 4 de febrero de 1986 (es decir, algo más de 7 meses antes de suscribir la póliza). Había sido sometido a seis intervenciones quirúrgicas. Por consecuencia de la osteodistrofia renal que padecía sufrió fractura subcapital de fémures en 1981, que obligó a colocación de material de osteosíntesis en ambos fémures, que no dio buen resultado en cadera izquierda, lo que motivó posterior intervención, en 1982, para artroplastia biarticular de sustitución de la cabeza femoral.

3.- Conocimiento de la enfermedad y deber de conocimiento por parte de la aseguradora.

R. *Scire, vel scire debere, paria sunt* (saber y deber saber es en derecho lo mismo).⁸ Si la compañía aseguradora sabía, porque así lo había declarado el asegurado al rellenar unos papeles, que el mismo disfrutaba de la condición de *pensionista* siendo así que había nacido en 1952 y solo contaba 44 años de edad al suscribir la póliza, es censurable que tal cosa no le llamara la atención ya que se trata de una circunstancia muy especial reveladora en nuestro caso de una invalidez.⁹

4.-¿Cuál es el indicio más frecuente para probar un siniestro falsamente postdatado a la póliza?

R. Cualquier siniestro cuya ocurrencia sucede muy poco tiempo después de la proposición de seguro o de la póliza es un siniestro que se produce *in tempore suspecto* (indicio *tempus-contiguetas*) y empieza a convertirse en una indicio de indagación para poder alcanzar tiempo después, junto a otros indicios una vigorosa presunción probática de dolo como sucede por ejemplo en el caso de quién *tres meses* después de haberse asegurado declara una atrofia muscular del miembro izquierdo y una espondiloartrosis severa con lumbociática crónica que determinaron su incapacidad permanente absoluta.¹⁰ Pero adviértase que las enfermedades, dicho sea de un modo simplificado, pueden tener una etiología larvada o por el contrario irrumpir de un modo inesperado o de repente. Por eso, así como quien requiere un tratamiento de quimioterapia en menos de un mes después “poca necesidad exige de prueba de intenciones contractuales”¹¹ para dar por probado el dolo, en el segundo caso, el indicio *tempus* puede llegar a ser enervado por otros indicios, entre ellos, y ciertamente como un caso raro, a través del indicio *incuria*, que curiosamente recoge una resolución judicial al decir que “la torpeza del asegurado en reclamar y tardanza en la que incurre al comunicar el siniestro” desvirtúan el hecho de “un plan preordenado al cobro de una injustificada indemnización” pese a la cercanía de tiempo entre el contrato y el siniestro sobrevenido.¹²

5.-¿Influye en el conocimiento de la enfermedad la personalidad del asegurado?

R. Conviene ser cauto en la respuesta porque uno de los mecanismos de defensa frente a la frustración, según FREUD es la *negación*, de modo que no es infrecuente que el sujeto, sin malicia alguna, “quite importancia” a

⁸ Sobre las equivalencias probáticas entre conocimiento y deber de conocimiento vid. MUÑOZ SABATE, *Tratado de Probática Judicial*, tomo I, pág.26 y s.s.

⁹ Audiencia de Valencia 21 junio 2000, RGD nº 676 pág.1338

¹⁰ Audiencia Madrid, 24 noviembre 1997, RGD nº 645, pág.8209

¹¹ T.S. 6 febrero 2001, Aranz- 1005

¹² Audiencia de Sevilla, 17 enero 2001, RGD nº 680, pág. 4756

unos síntomas que tal vez hicieran palidecer a cualquier médico. Pero sin marginar la salvedad dicha, parece en principio vigorosa la fuerza del indicio *profesionalitas*. “Su condición de médico le permitía llevar a conocimiento de la aseguradora la sintomatología que presentaba, aunque forzosamente se admita que entonces no conocía la gravedad del mal a que respondía cuando venía afectándole desde largo tiempo”.¹³ No hace falta, sin embargo, que se trate de un médico, pues aplicando el *principio de normalidad* “no entra dentro del orden natural de las cosas, que una persona con 55 años de inteligencia normal y estudios primarios, pudiera ignorar la gravedad de su enfermedad y los tratamientos agresivos utilizados para su curación”.¹⁴

6.- *¿Suele ser normal que una persona tenga conciencia de su dolencia?*

R. Resulta lógico que la sintomatología que cursa sin dolor ni muestras físicas al alcance de su percepción inmediata no alerte a las personas. Pero en el actual estado sociocultural que discurrimos, donde a través de los medios de comunicación, se realiza una masiva y no siempre exacta divulgación médica y sobre todo patológica, deviene muy difícil aceptar que un individuo no tome conciencia de cualquier fenómeno que rompa con cierta agresividad la normalidad de su cuerpo o salud aunque no sepa darle un encaje nosológico. “La experiencia enseña –se ha dicho en una sentencia- que la pérdida de conocimiento durante los accesos de tos es cosa poco frecuente, y que una persona de cierta cultura, como era el asegurado debió generarle la conciencia de padecer una enfermedad grave”.¹⁵ Que sienta la necesidad de revelarlo luego en un cuestionario que le presente la compañía aseguradora ya es otra cosa; pero conocimiento lo habrá. “Tal conocimiento se desprende de los síntomas padecidos y que motivaron diversas consultas médicas... Que el diagnóstico de esos síntomas, o su tratamiento, no hubieran sido definitivamente establecidos, o el asegurado desconociera estos concretos aspectos, no supone que el mismo ignorara la realidad de un estado mórbido que, sin lugar a dudas, influía en la valoración del riesgo”.¹⁶ “Un tratamiento inhabitual en enfermedades leves”¹⁷ suele ser algo que se contradice a sí mismo. De ahí que si el asegurado en el momento de pasar el cuestionario tenía pendiente de someterse por prescripción médica a unas pruebas diagnósticas de indudable calibre, como un TAC cervical, una resonancia magnética y una electromiografía, se hace menos lógica la ocultación por parte de éste de su

¹³ T.S. 6 febrero 2001, Aranz- 1005. Id. Audiencia Pamplona 4 noviembre 1992, RGD 1993, pág. 10.780

¹⁴ Audiencia de Málaga, 10 febrero 1999, RGD nº 658 pág.10.444.

¹⁵ Audiencia de Zaragoza, 29 octubre 1997, RGD nº 649, pág. 14.036.

¹⁶ Audiencia de Santander, 29 junio 2000, RGD nº 676 pág. 1669. El haber antes acudido a diversas consultas médicas para sus problemas visuales(indicio *medium*) es un indicio de conocimiento que también recoge la sentencia de 23 de febrero 1998 de la Audiencia de Girona, La Llei nº 212.

¹⁷ T.S. 24 junio 1999, Aranz- 4486

estado de salud.¹⁸ Cabe admitir sin embargo que el hecho de no haber seguido durante muchos años tratamiento alguno para determinada enfermedad (porfiria cutánea) tiende a inferir que el asegurado pudo minimizarla o no pensar en ella en el momento de rellenar el cuestionario de salud.¹⁹

Lo que si resulta altamente censurable es que en aras de adoptar una actitudiva ciertos jueces o tribunales terminen argumentando su propia ignorancia. Como es el caso, por ejemplo, del tribunal que considera normal que el asegurado no declarase haber padecido nueve años antes una diabetes tipo 2, que después de firmada la póliza degeneró a tipo 1 y requirió tratamiento insulínico (la diabetes es una enfermedad que se controla pero raras veces se cura) habiendo estado tomando antidiabéticos orales durante ese tiempo (control extremo).²⁰ Aunque en descargo del tribunal podemos decir que la sentencia empieza quejándose de no haberse practicado prueba pericial (¿de quién era la carga?) pienso que forma parte del acervo cultural de un juez saber que la diabetes es una enfermedad que conlleva muchas complicaciones, y la “preocupación por el azúcar” una vivencia que no se olvida por un paciente al redactar un cuestionario. No es extraño que años después de firmada la póliza sobreviniera la rotura fibrilar de una pierna y una enfermedad coronaria en un vaso.

Distinto resulta el caso de aquellos estados que sin ser morbosos conllevan una determinada situación de riesgo, como por ejemplo una hipertensión arterial no declarada por el asegurado y que el Tribunal disculpa como una afección no percibida como tal por la población profana, amen de que la compañía “no ha probado, ni intentado probar siquiera que la hipertensión arterial diagnosticada después de concertada la póliza...la hubiera llevado a no celebrar el contrato o a celebrarlo en otras condiciones diferentes”.²¹ Esta última consideración, empero, resulta a mi parecer un tanto desafortunada porque no se puede exigir probar aquello que no existe. Tal vez valga como mero argumento.

7.- Un indicio de desconocimiento de la enfermedad

R. El cáncer es todavía en muchas áreas sociales una enfermedad *tabú*, que se disfraza, incluso entre los médicos, con otras denominaciones o incluso siglas, y que uno de los primeros problemas éticos y psicológicos que a veces plantea es si decírselo o no al paciente. La máxima de experiencia judicial no puede dar la espalda a esta evidencia, de manera que una tal

¹⁸ Audiencia de Barcelona, 29 noviembre 2004, RJC 2005, II, pág.. 463

¹⁹ Audiencia de Cáceres, 23 septiembre 1996, RGD nº 630, pág. 3339.

²⁰ Audiencia de Oviedo 9 febrero 2000 , RGD nº 672 pág.12.589

²¹ Audiencia de Barcelona, 21 febrero 2003, RJC nº 3 pág. 810

ocultación de los más allegados “no resulta por lo demás extraña, toda vez que es notorio que ése es un comportamiento habitual por parte de los parientes de quienes sufren ese tipo de dolencias”.²² Curiosamente, por tanto, quien en el cuestionario médico que rinde a la aseguradora no declara ser canceroso presenta una dosis de veracidad muy superior a la que puede dar a suponer la gravedad de su dolencia, siempre y cuando, naturalmente, los efectos de la enfermedad no se hayan hecho todavía patentes a través de la aplicación de una terapia específica por todos conocida. Esta misma máxima de experiencia podría extenderse, con la natural prudencia, a aquellos otros casos de enfermedades soportadas por una persona sujeta al tutelaje afectivo de otra (indicio *affectio*).

8.- *Otro indicio.*

R. No hay porque sospechar que a mediados de 1989 cuando concertó el seguro conocía ya el padecer el *sida* que le fue diagnosticado en abril de 1990. Un indicio de ello es que, de haber albergado el fallecido o su mujer la menor sospecha de que padecía el *sida*, dada la gravedad de la enfermedad y el riesgo de contagio en el propio seno familiar, la reacción inmediata hubiera sido la práctica de pruebas y análisis a la mujer, a fin de comprobar si había tenido lugar el contagio, tal y como se hizo en abril de 1990, a raíz de serle detectado al asegurado, (indicio *alertas*).²³

9.- *Indicio minus ad maius al rellenar el cuestionario*

R. El tribunal infiere que el asegurado tuvo forzosamente que tomar conciencia del objeto del cuestionario y de la enfermedad que le aquejaba²⁴ puesto que si se compara la nimiedad de lo que declaró (sarampión y extirpación de un quiste sebáceo) con la magnitud de lo que en cambio omitió (enfermedad ganglionar) ello se convierte en indicio de dos hechos operativos para resolver el problema de prueba; por un lado se está significando un nivel de atención y experiencia suficientes para concienciar lo omitido, y por otro lado se está significando una intención de ocultar, ya que no es normal relacionar tantas pequeñeces y olvidarse de lo que, por resultar más grave, más presente debía de tener en su mente.

10.- *Seguro vinculado a un préstamo bancario*

R. Con una reveladora intención tuitiva se ha ido adoptando por los tribunales la máxima de experiencia siguiente: “La Sala no tiene la menor

²² Audiencia de Mallorca, 19 mayo 1998, RGD n° 652, pág. 1668

²³ Audiencia Barcelona, 29 mayo 1998, RGD n° 652, pág. 1271

²⁴ T.S. 24 junio 1999, Aranz- 4486)

duda de que dicha declaración fue completada por la entidad bancaria, deseosa de que se regularizara la morosidad de la demandante”.²⁵ Se parte aquí de la máxima de experiencia que al banco, auténtico director de la operación, solo le interesa cobrar, dando una valoración muy superflua al cuestionario de salud. Este caso era más cruento cuanto que el banco, del mismo grupo mercantil de la aseguradora, al otorgar el crédito hizo suscribir otro cuestionario donde se acreditaba que el prestatario era receptor de una pensión de invalidez “circunstancia muy especial en una persona nacida en 1952”. Otro supuesto: sucedió que en el caso de un préstamo que ya estaba suficientemente garantizado con una hipoteca, el prestatario, cuya preocupación máxima era obtenerlo, dejó de rellenar eficientemente el cuestionario de salud inherente al contrato de seguro que paralelamente le fue exigido. La sentencia se da cuenta de esta concurrencia de cometidos y por eso no duda en afirmar que tales circunstancias “incitan a cribar con un cedazo ancho la conciencia del asegurado a la hora de contratar”.²⁶ Es decir, para los jueces el caso no puede resolverse aplicando la fría historiografía contractual, sino que dan un salto cualitativo muy significativo apelando a un particular estado de conciencia del sujeto que acepta y suscribe ambos contratos. Conciencia vigil para el préstamo, conciencia menos vigil para la póliza, pues lo primero “es lo que en realidad le interesa” y “no valora el cuestionario como una secuela obligatoria del préstamo sino como un mero trámite” cosa que explica una falta absoluta de atención a la pregunta respecto a su salud”. Entendemos nosotros que solo la omisión de aquellas circunstancias cuya magnitud forzosamente tiene que activar la atención del suscribiente del cuestionario pueden valorarse como dolosas, pero no, como dice la sentencia “las declaraciones inexactas y las reservas mentales que no participen de aquella naturaleza, las cuales deben quedar amparadas por su levedad”.

11.-*El secreto médico en los pleitos sobre seguro de vida.*

R. Si ha sido dicho que no es de extrañar que el asegurado se encontraba repuesto de un infarto sufrido en 1976 cuando en 1985 se adhirió al seguro, porque por aquel entonces hacía más de dos años que ya no acudía al médico²⁷, de alguna manera se habrá rendido en juicio una prueba sobre esta última afirmación, que a parte de una confesión *pro se* del asegurado, de baja valencia en estos casos, no cabe imaginar otra más idónea que el testimonio del propio médico que le atendió. Se plantea con ello el

²⁵ Audiencia de Valencia 21 junio 2000, RGD n° 676-77, pág. 1338

²⁶ Audiencia de Toledo, 4 marzo 1998, RGD n° 656, pág. 6.968

²⁷ Audiencia de Barcelona 12 enero 1994, re4v. Tribunal 1994 n° 2 pág. 523

problema del deber de secreto cuando el testigo médico es interrogado no por el asegurado sino por la aseguradora. Para WIGMORE, citando una resolución de un tribunal de Minnesota, no queda protegido el declarar sobre la fecha ni el número de unas consultas. Y añade “eso tiene un gran interés en las causas de seguro de vida, por cuanto la alegación por el asegurado de una buena salud durante un tiempo pudiera ser desmentida por el hecho de frecuentes visitas médicas.”²⁸

SEGURO: PREEXISTENCIA DE LOS OBJETOS

1.-¿Cómo demostrarla?

R. La prueba de la preexistencia de los bienes asegurados es vital particularmente cuando ocurre un siniestro (incendio, robo o inundación, por ejemplo) y se pretende ser indemnizado con cargo al correspondiente seguro. El artículo 38 de la Ley del Contrato de Seguro, tras establecer que incumbe al asegurado la prueba de la preexistencia de los objetos, atempera dicha carga con una presunción legal: el contenido de la póliza, esto es, los objetos relacionados específicamente en la misma, constituirá una presunción a favor del asegurado cuando razonablemente no puedan aportarse pruebas más eficaces. Esta razonabilidad alcanza, por ejemplo, los casos de destrucción de las facturas de compra por mor del propio siniestro. Pero incluso en los casos en que la designa en la póliza haya sido genérica, los tribunales se suelen guiar por el *favor probationes* cuando se denuncie la desaparición de objetos de escaso valor o resulten ser los más habituales según las circunstancias., o sean necesarios o frecuentes accesorios de otro objeto principal cuya preexistencia se haya demostrado. Tal sería el caso del robo de una maleta sustraída del interior de un coche en un aparcamiento, pues una persona que viaja de Oviedo a Barcelona para pasar un cierto tiempo en esa ciudad es lógico que lleve una maleta con los efectos personales. El detalle de esos efectos debe realizarse argumentalmente, atendiendo a “pautas de normalidad”.²⁹ Tampoco procede rechazar el abono de los objetos extraviados en la colisión, ya que la moderación de la suma reclamada por dicho concepto – 18.750 pesetas-entra dentro de los parámetros de la normalidad según las reglas de experiencia, y de pretenderse una prueba exhaustiva en otro sentido, se abocaría frecuentemente a las víctimas de los hechos similares a una prueba imposible, *probatio diabólica*”.³⁰ “En el caso presente, se trata de objetos y enseres que no han sido declarados con anterioridad y por tanto no constan

²⁸ WIGMORE, Evidence in Trials at Common Law, VIII, nº 2384, pág. 846.

²⁹ Audiencia de Barcelona 12 septiembre 2002, RJC, I 2003, pág. 101. Otra cosa sería, añade la sentencia, si se hubiera declarado que se llevaban objetos de gran valor.

³⁰ Audiencia de Barcelona 18 noviembre 1988, RJC II de 1989, pág. 382

en algún registro o archivo, y que comúnmente suelen tenerse en el domicilio familiar, no en cajas de seguridad siendo por tanto conocida su existencia fundamentalmente por los componentes del grupo familiar”.³¹ Iban a asistir a una feria y a montar un stand: “La secuencia de los hechos tal y como constan documentados y el principio de normalidad que debe presidir la valoración de la prueba...llevan a concluir que la caja de madera que resultó inicialmente extraviada y posteriormente entregada con retraso a los actores en el hotel en que se alojaban una vez iniciada la Feria Internacional, contenía el material gráfico que se precisaba para ultimar el stand que la empresa de seguridad tenía asignado en el citado evento. Así, y desde un inicio, la reclamación efectuada por los actores especifica y detalla el bulto extraviado (indicio *responsio*)...resultando en consecuencia acreditado también que se procedió por los actores a realizar diversas llamadas telefónicas tendentes a conseguir una solución rápida e improvisada del problema que la pérdida de la caja generó, contactando finalmente con una empresa de artes gráficas “I” a la que encargaron la confección de unos posters con el logotipo de la empresa (indicio *mutatio*).³² El siniestro se produce en unas fechas en que, por ser vuelta masiva de ciudadanos de su periodo vacacional, es perfectamente lógico un contenido elevado de existencias.³³ El módulo musical es elemento del coche que tiene con él una relación de pertenencia y máxime cuando su instalación viene de fábrica.³⁴ “Sin que pueda aceptarse que la radio no formaba parte del vehículo, porque la sustracción tuvo lugar rompiendo la zona en la que iba situada.”³⁵

2.-¿Siempre hay que demostrar esa preexistencia?

R. A parte de la presunción del artículo 38 LCS hemos de tener en cuenta de que si el seguro es “a primer riesgo”, es decir, si hay una pluralidad de intereses asegurados en un solo seguro en el que se establece una suma asegurada que trata de cubrir el valor más elevado no es necesario exigir la prueba de la preexistencia de los objetos robados de que se realice una valoración previa del riesgo y se actualice el valor mediante valoraciones periódicas.

3.-La incorrecta documentación de la preexistencia

³¹ Audiencia de Castellón, 29 septiembre 1993, RGD 1994, pág. 7.492

³² Audiencia de Barcelona, 13 mayo 2003, IV pág. 1.110

³³ Audiencia de Madrid, 11 noviembre 1992, RGD 1993, pág. 3.743

³⁴ Audiencia de Alicante, 16 octubre 1991, RGD pág. 11.326

³⁵ Audiencia de Madrid 24 julio 1991, RGD nº 565, Pág. 9.244

R. No sirve “la peculiar justificación de la preexistencia del material informático que se dice dañado, que pretende llevarse a cabo a través de un documento elaborado por la propia demandante y acompañado de albaranes datados con posterioridad al siniestro, sin que se hubiese llegado a aportar factura y albaranes originales elaborados por la vendedora”.³⁶ En un caso de robo de herramientas se ha dicho que “aunque la prueba documental no es la única hábil a tal efecto, lo cierto es que son 69 los objetos (máquinas, herramientas etc.) incluidos en la relación presentada por el actor con la demanda, a los que se suman cien litros de barniz, 30 de catalizador y 25 de disolvente, siendo así que ni presentó al perito de la demandada, ni presenta ahora en el procedimiento ni una sola factura o justificante de compra de alguno o algunos de dichos objetos o materiales, cuando es práctica de todo comerciante medianamente diligente la conservación, a efectos contables y de cualquier otra naturaleza, de las facturas y justificantes de compra de la maquinaria, herramientas, materiales y materia prima que utiliza en su trabajo, máxime si se trata de objetos o materiales cuyo valor supera las 50.000 pesetas... tratando de suplir la prueba documental, acerca de cuya inexistencia no facilita una explicación razonable (indicio *inexplanatio*) con una prueba testifical a todas luces insuficiente... Y aún cuando pudiera racionalmente presumirse que necesitaba para su trabajo al menos parte de dichos artículos, debería haber acreditado, aunque fuese de forma aproximada, su fecha de adquisición al objeto de poder hacer un cálculo, también aproximado, de su valor real en la fecha en que se produjeron los hechos”.³⁷ “Los libros de los comerciantes es otro elemento del que también habría podido valerse la demandante y al que tampoco aludió en su escrito de proposición, medio cuya eficacia podría suponerse fundadamente porque no es de pensar caraciera la demandante, comerciante de profesión, continuadora del establecimiento de peletería que fuera de su esposo, de libros o cuadernos donde existiera constancia de las ventas realizadas, máxime cuanto, aparte de que no se trataba aquí de pequeños bienes de consumo de escaso valor, sino de prendas de vestir exteriores caracterizadas todas por su elevado precio, pesaban sobre esta demandante unas obligaciones legales derivadas de la Ley y sobre todo el Reglamento del Impuesto sobre el Valor Añadido que en sus artículos 153 y 164 y siguientes prescriben una serie de registros de facturas de bienes de inversión, con las cuales, juntamente con los albaranes de adquisición, habría podido disponer la interesada de una justificación no simplemente aproximada sino exacta y completa de las existencias que obraban en su local comercial cuando el robo denunciado se perpetró”.³⁸

³⁶ T.S. 9 octubre 2001, Aranz-7555

³⁷ Audiencia de Burgos, 1 junio 1999, RGD nº 666, pág. 3.413

³⁸ Audiencia de Valencia 4 noviembre 1993, RGD 1994 pág. 2.588

4.- *El indicio responsio*

R. Se trata de un indicio que despliega un papel muy importante en la prueba de la preexistencia de objetos o mercancías sustraídas o incendiadas y se traduce generalmente en forma de denuncia a la autoridad. Su ausencia o tardanza restan credibilidad al hecho afirmado. “Debe racionalmente presumirse que el automóvil sustraído del parking es el referenciado por el actor, cuya titularidad registral en tráfico ha quedado constatada, y fue objeto de la correspondiente denuncia por sustracción ilegítima”.³⁹ “La preexistencia y valoración de la cosa depositada aparecen acreditadas...por la propia denuncia que el demandado, titular del restaurante donde se efectuó la sustracción, formuló personalmente ante la Comisaría de Policía, inmediatamente de producirse el hecho”.⁴⁰ “Preexistencia de los objetos en el automóvil... lo que por otra parte se corrobora por las denuncias realizadas inmediatamente después de que ocurrieran los hechos”.⁴¹ “Fue inmediatamente denunciado e instruido el correspondiente atestado policial, acompañándose la relación de efectos.”⁴²

INCENDIO INTENCIONADO PROVOCADO POR EL ASEGURADO

1.- *Ante una materia tan difícil de probar ¿cuál es la mejor estrategia a seguir?*

R. La mayoría de casos judiciales donde se plantea la atribución intencionada de un incendio sobre sus propios bienes al asegurado son casos que terminan con un solemne fracaso para la aseguradora. La razón de este fracaso no es otra que la de no haberse podido demostrar su autoría. Para empezar importa señalar que no es solo la calidad ontológica del hecho a probar la que alimenta el que la prueba del dolo sea una *probatio diabolica*. Ciertamente el incendiario, según ha cuidado de ejemplarizar GAYET tiene libre acceso al lugar, conoce perfectamente el recinto y sabe donde encontrar el aparato y el material que necesita. Tiene además, todo el tiempo que quiere para actuar, y no se expone a verse sorprendido durante su trabajo. Puede hacer, pues, todos los preparativos que desee y operar con todo el cuidado apetecible para *simular* un incendio accidental.⁴³ Pero si se observa estas facilidades no son mayores que otras conductas dolosas, y por eso he subrayado en cursiva el término *simulación*, porque es una invitación a reflexionar comparando la prueba que nos ocupa con la prueba

³⁹ Audiencia de Barcelona, 8 octubre 1992, Tribunal nº 11 de 1992, pág. 261

⁴⁰ Audiencia de Madrid, 30 septiembre 1985, RGD 1986, pág. 224

⁴¹ Audiencia de Alicante, 16 octubre 1991, RGD pág. 11.326

⁴² Audiencia de Madrid, 11 noviembre 1992, RGD 1993, pág. 3.743

⁴³ GAYET, *Manual de Policía Científica*, trad. esp. 1962, pág. 172

de la simulación negocial, la cual pese a tratarse igualmente de una prueba *difficilioris probationes*, ha dado lugar a centenares de sentencias estimativas de la misma con una total base indiciaria. ¿Qué es lo que contribuye a que en comparación sean tan escasas las resoluciones estimando el incendio intencionado del asegurado? No voy a radicalizar mi pensamiento desechando otras dificultades inherentes al *thema probandi*, pero pienso que influye notablemente el hecho de que en el caso de incendio se canalice el enjuiciamiento preferente e inicialmente a través del proceso penal, donde el imputado tiene en su cabeza, según decía BRADNER un “ángel de la guardia” en forma de presunción de inocencia.⁴⁴ que termina imponiendo un insalvable *rigor probationes* en el enjuiciamiento criminal de una conducta incendiaria cuando su última víctima resulte ser, en definitiva, una compañía aseguradora. Partiendo de esta premisa, no resultaría descabellado suponer que si el enjuiciamiento de la conducta dolosa del asegurado pudiera resolverse exclusivamente en sede civil, los parámetros de valoración de la prueba bien pudieran ser otros, cambiando el *rigor probationes* por el *favor probationes*. La polémica sobre si aplicar la regla *preponderance of evidence* en vez de la regla *reasonable doubt* cuando acciona el asegurador por incendio intencionado del asegurado, no es ciertamente una polémica novedosa en otras latitudes.⁴⁵ Y bien pudiera ser aprovechada en la praxis forense rehuendo por todos los medios posibles centralizar en el proceso penal el problema que estamos tratando.⁴⁶

2.-Las diversas representaciones del indicio *móvil* según SODERMAN y O'CONNELL

R. El indicio axial de la intencionalidad es el *móvil* el cual puede presentarse de las siguientes maneras según dichos autores⁴⁷: 1. Liquidar una empresa de negocios; 2. Deshacerse de mercancía invendible; 3. Evitar la bancarrota o el fracaso financiero en un negocio; 4. Destruir artículos fabricados que sean invendibles debido a la cancelación de pedidos o a defectos de fabricación; 5. Destruir mercancía invendible que esté pasada de moda; 6. Eludir el cumplimiento de leyes concernientes a edificaciones y salubridad que requieran cambios estructurales etc., que impliquen considerables gastos; 7. Destruir máquinas o accesorios gastados o anticuados, porque sería demasiado costoso repararlos o mejorarlos, y

⁴⁴ Cit. por THAYER, *A preliminary treatise on evidence*, New York, 1969, pág. 553

⁴⁵ Forma parte de la literatura probática americana. Vid. WIGMORE, *Evidence*, tomo V, n° 1671, Pág. 687 y tomo IX, n° 2498, pág. 2498.

⁴⁶ Para más información, en torno a una operativa civil, MUÑOZ SABATE, *La probatio diabólica del incendio doloso del asegurado*, La Ley 12 noviembre 1996.

⁴⁷ SODERMAN y O'CONNELL, *Métodos modernos de investigación policíaca*, Noriega editores 9° reimp. México 1990, pág. 505

porque el costo de conservación es demasiado alto; 8. Evitar el gasto de trasladar mercancías de un lugar a otro; 9. Deshacerse de un edificio que ya nada vale ni deja utilidades; 10. Hacerse prontamente de efectivo para cumplir obligaciones; 11. No poder entregar artículos contratados para determinada fecha, particularmente cuando el contrato estipula un castigo por no entregarlos puntualmente; 12. Rescindir el contrato de arrendamiento de un edificio.

A ello habría que añadir la destrucción de libros de contabilidad y otros documentos como coartada para una elusión fiscal o una investigación criminal.

3.-La prueba indiciaria valorada por los tribunales

R. El incendio se produjo sobre las tres horas de la madrugada (indicio *tempus*). Los que lo prepararon tenían un perfecto conocimiento del local (indicio *cognitio*), y la acumulación de sillas en una pila se realizó precisamente el día de descanso del personal, cuando el establecimiento estaba cerrado al público (indicio *sigillum*). Tratan de avisar a un camarero para que el día precedente al incendio no vaya por el local, posponiéndolo hasta dos días más tarde (indicio *ocultatio*). Hay un dato firme consistente en la declaración de un testigo, vecina del lugar, que afirma que el recurrente estuvo en el local la tarde precedente a la madrugada del incendio (indicio *praesentia*). Otro indicio de gran contundencia es la existencia de una llave abandonada en la puerta de la cocina, lugar utilizado para acceder al local y provocar el incendio, ya que esa llave solo la poseía el recurrente (indicio *possessio instrumenti*). Por último se da un gran relieve al hecho de que la llave del sistema de alarma solamente estaba a disposición del recurrente, que era el único que se encargaba de conectarla y desconectarla, conociendo su funcionamiento (indicio *cognitio*). Para mayor refuerzo de sus convicciones el tribunal tiene en cuenta que el acusado trabajó antes en otros negocios que también sufrieron incendios parecidos (indicio *habitus*).⁴⁸ La negativa al pago por la aseguradora venía justificada en los siguientes indicios: a) el incendio fue provocado intencionadamente (se utilizó gasolina en distintos puntos como acelerador) (indicio *vestigium*); b) el incendio se inició a las diez de la noche, cuando no había ningún empleado en la fábrica (indicio *sigillum*); c) las puertas de la nave se encontraron cerradas por dentro (indicio *locus*); d) la empresa pasaba por una difícil situación económica (indicio *móvil*); y e) la ampliación sucesiva del capital asegurado o de la cobertura, la última de las cuales fue concertada mes y medio antes de ocurrir el incendio (indicio

⁴⁸ T.S. Sala 2ª, 17 febrero 1998, La Ley, nº 4524, 3489

previsio)⁴⁹ Tres focos originarios del incendio, hallazgo en la vivienda de una garrafa que olía a gasolina, contradicciones en las declaraciones de la recurrente y por último, su declaración de desconocimiento del doble seguro de su vivienda (indicio *previsio*), cuando tal domicilio sufrió dos incendios precedentes (indicio *habitus*).⁵⁰ El actor se encontraba en una difícil situación económica, con problemas de tesorería (indicio *móvil*); a principio de dicho mes recibió comunicación de la aseguradora comunicándole no le sería prorrogada la póliza a su vencimiento el día 1 de agosto 1984 (el incendio ocurrió el 27 de julio anterior) (indicio *opportunitas*); dicha comunicación tenía como origen una inspección realizada en el almacén que ponía de manifiesto lo desaconsejable que era asegurar el riesgo... Si los hechos hasta ahora expuestos pueden tener la consideración de circunstanciales, que no acreditan por sí mismos la intervención en el incendio de personas vinculadas a la empresa, no puede decirse lo mismo de los que acompañaron al luctuoso suceso, que unidos a los anteriores, señalan la única dirección donde debe buscarse la responsabilidad en el referido incendio, siendo éstos: a) Todas las puertas y ventanas se encontraban cerradas, no observándose violencia en ellas, lo que impide entender que fuera provocado por persona ajena al local; b) el interruptor eléctrico se encontraba desconectado, por lo que no pudo producirse un cortocircuito, lo que excluye en principio el carácter fortuito del incendio; y c) fue el actor la única persona que estuvo en el almacén, lo que realizó aproximadamente, sobre las veinte horas y treinta minutos, permaneciendo en el mismo unos cinco minutos, siendo ésta la hora a que presuntamente se inició el incendio.⁵¹ Otros indicios que no lograron consolidar una presunción en sede penal pero que tal vez la hubieran obtenido en el proceso civil. En un caso: el hecho de que éste fue el tercer incendio sufrido por el grupo Ch. en poco tiempo, incendios de los cuales los dos primeros fueron indemnizados sin protesta alguna por la aseguradora, de la cual uno de los hermanos del grupo fue su director provincial; el hecho de que el valor de los bienes asegurados fuera superior al real; el hecho de que con todo hallarse el cuartel de bomberos a 500 metros del almacén siniestrado, no pudieran aquellos intervenir a tiempo debido a que los propietarios de la empresa habían “perdido” la llave de la puerta que permitía la entrada; el hecho del traslado de la “buena” maquinaria a otro almacén, antes de que ocurriera el incendio; el *fumus* o rumor público de que el incendio había sido intencionado; la sorprendente desaparición de todo rastro, pues al cabo de pocos días procedieron a demoler todo el inmueble, con unas prisas valoradas como sospechosas y que impidieron la operativa pericial; la grave situación económica del

⁴⁹ T.S. Sala 1ª, 3 noviembre 1997, Aranz- 7923

⁵⁰ T.S. Sala 2ª, 5 febrero 1997, La Ley nº 4257, 3113

⁵¹ T.S. Sala 1ª, 8 junio 1999, Aranz- 4102

grupo puesta de manifiesto unos meses después con el escándalo y estafa que cometieron para obtener unas subvenciones a la exportación. En otro caso: la última persona en abandonar los locales siniestrados fue el propio empresario y ello ocurrió sobre las 21,15 horas, escasamente media hora antes del incendio; el hecho de que existieran al menos dos focos claros de incendio. El segundo se localizó en el almacén donde había una gran cantidad de disolventes, inusual para una fábrica y trabajo de tales características; las importantes deudas que venía contrayendo a empresa; los antecedentes del empresario ya que en circunstancias también sospechosas se incendió poco antes otra fábrica de su propiedad y cobró por ello una importante indemnización; el hecho de la inusual cláusula de la póliza por la que se designaba como beneficiaria para el caso de incendio a una persona ajena a la familia y al parecer empleada o ex empleada; el hecho de que se descartó que el incendio pudiera haber sido debido a un cortacircuito o fallo eléctrico. En un último caso: el hecho de que simultáneamente se estén siguiendo contra el asegurado por otra aseguradora diligencias penales por una supuesta estafa de seguro sobre otra empresa propiedad igualmente de aquél, (*semel malus, semel praesumitur malus in eodem generi mali*), el hecho de ordenar contra lo habitual amontonar los desperdicios de la industria dentro de la fábrica y el hecho de que los valores dados por el asegurado en el momento de concertar la póliza a los bienes objeto del seguro evidencian una sobrevaloración tan exagerada que solo conduce a inferir una intención de enriquecerse a base del mismo. Al margen de la aplicación del artículo 31 LCS, bastará con evocar que esa confrontación entre suma asegurada y valor del interés asegurado era nada menos que de 708.384.572 pesetas frente a 266.000.000 pesetas respectivamente. No en vano recuerda el profesor SANCHEZ CALERO el carácter “peligroso” de la situación de sobreseguro “ en cuanto que puede incitar al asegurado a la producción dolosa del siniestro o bien a disminuir las medidas de seguridad o de vigilancia para que el siniestro no se produzca”.⁵² “Insólita actitud adoptada por el procesado al no reclamar auxilio, pese a que estaba herido y se incendiaba la finca de su propiedad”⁵³ Si la situación de crisis económica va acompañada de graves o amplios conflictos laborales, es frecuente infirmar que la intencionalidad del incendio proviene de los trabajadores.

⁵² SANCHEZ CALERO, *Comentarios a la Ley del Contrato de Seguro*, tomo I, pág. 402, Colección Revista de Derecho Privado, XXIV)

⁵³ Audiencia Girona, 10 enero 1986, RJC, ii, pág. 502