

**Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 2011. Recurso 1401/2007.
Ponente: Juan Antonio Xiol Rios**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diez de Mayo de dos mil once.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los magistrados al margen indicados, el recurso de casación que con el n. 1401/2007 ante la misma pende de resolución, interpuesto por la representación procesal de la entidad Arcade Park, S.A., aquí representado por la procuradora D.^a Lucía Manchón Sánchez-Escribano, contra la sentencia de fecha 29 de marzo de 2007, dictada en grado de apelación, rollo n.º 844/2005, por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 12 .^a, dimanante de procedimiento de juicio ordinario n.º 306/2003, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 33 de Madrid . Habiendo comparecido en calidad de parte recurrida la procuradora D.^a Andrea de Dorremocha Guiot, en nombre y representación de la mercantil Liberty Insurance Group, Compañía de Seguros y Reaseguros, S.A.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Primera Instancia número 33 de Madrid dictó sentencia de 22 de octubre de 2004 en el juicio ordinario n.º 306/2003 , cuyo fallo dice:

«Fallo. »Desestimar íntegramente la demanda interpuesta por Arcade Park contra Liberty Seguros y absolver a esta parte de la pretensión de condena al pago 434.342,05 euros más los intereses legales del art. 20 de la Ley del Contrato de Seguro desde la fecha del siniestro, con imposición de costas a la parte actora.»

SEGUNDO.- La sentencia contiene los siguientes fundamentos de Derecho:

«Primero.- El objeto del presente procedimiento consiste en la pretensión de condena dineraria instada por la constructora asegurada contra la entidad aseguradora por los daños propios y a terceros ocurridos como consecuencia del derrumbamiento de tierras acaecido el 2 de marzo de 2001 en las obras de construcción de la urbanización «El balcón del Cantábrico» en Comillas, Santander. A esta pretensión se opone la aseguradora con fundamento en la existencia de una actuación dolosa por parte del tomador del seguro consistente en la ocultación de las verdaderas circunstancias definitorias del riesgo asegurado en el momento de suscripción del seguro. Subsidiariamente, para el caso de que tal oposición no fuera estimada, la aseguradora demandada se opone a la cuantificación de daños efectuada por la actora. »Para la resolución del presente procedimiento debe, por tanto, abordarse en primer lugar si ha existido por la demandante ocultación de las circunstancias del riesgo asegurado. Esta ocultación vendría referida a la existencia, antes de la suscripción del contrato de seguro, de previos deslizamientos de tierra en la parcela donde se ejecutaban las obras.

»En el caso de no apreciar tal ocultación y estimar la obligación de Liberty de responder por los daños asegurados, debería determinarse el alcance efectivo de esos daños. »Segundo.- La aseguradora demandada opone como causa de exclusión de su obligación de cobertura del siniestro acaecido el hecho de que, con anterioridad a la conclusión del contrato de seguro en octubre de 2000, ya se habían producido previos deslizamientos de tierras y éstos fueron silenciados por la sociedad tomadora del seguro. Debemos analizar dicha oposición partiendo de

si hubo efectivamente ocultación y, en caso afirmativo, determinar cuál es su trascendencia a tenor del art. 10 LCS . »Por lo que se refiere al primer punto, es decir, si hubo ocultación de las circunstancias relativas a la valoración del riesgo cubierto, debemos partir de la base fáctica aportada por ambas partes al proceso. Tal base fáctica comprende tanto hechos sobre los que existe conformidad de las partes como otros que, siendo objeto de controversia, resultan acreditados por las pruebas practicadas en el proceso. »El elenco de hechos relevantes para la decisión de la cuestión controvertida consiste, en primer lugar, en la existencia de unas obras de construcción de un complejo inmobiliario denominado «El balcón del Cantábrico» en la localidad cántabra de Comillas. La promotora de dichas obras era la sociedad demandante en tanto que la construcción se encomendó inicialmente a Necso Entrecanales y Cubiertas. La sociedad constructora había suscrito un contrato de seguro de la modalidad «todo riesgo construcción» con la entidad aseguradora demandada. En el mes de febrero de 2000 se produjeron desprendimientos de tierras en la zona alta de la parcela en la que se estaban ejecutando las obras. Todos los hechos hasta aquí enumerados han sido admitidos por ambas partes en sus respectivos escritos y no son objeto de controversia en la presente litis. »Los desprendimientos acaecidos en el mes de febrero llevaron a los distintos agentes implicados en la edificación - constructora, promotora y dirección facultativa- al estudio de distintas soluciones destinadas a consolidar el terreno circundante y a excluir futuros desprendimientos. No obstante, las soluciones propuestas por la constructora, por un lado, y por la promotora y la dirección facultativa, por otro, no coincidieron. Las discrepancias en torno a dicha cuestión movieron a la constructora a rescindir en el mes de octubre de 2000 el contrato de ejecución de obras que le ligaba con la sociedad promotora. La promotora asumió entonces de forma directa la ejecución de las obras. A tal fin suscribió un contrato de seguro también del tipo «todo riesgo construcción y montaje» con la aseguradora Liberty Seguros. La entidad aseguradora no sometió ningún cuestionario previo a la asegurada. Este hecho ha sido admitido tácitamente por la demandada en su escrito de contestación (405.2 LEC). En la condición particular 10.ª de la póliza suscrita y bajo la rúbrica «obra iniciada» se establecía que «el asegurado declara que en el momento de la toma de efecto de este seguro no existe circunstancia alguna que pueda dar origen a una reclamación al amparo de esta póliza». Esta póliza se incorpora como documento n.º 3 de la demanda. »El 2 de marzo de 2001 se produjo un derrumbamiento de las tierras situadas en la zona sur de la parcela en que se realizaban las obras aseguradas originando daños a las propias obras así como a terceros. Este siniestro ha sido igualmente admitido por ambas partes. »Establecida la base fáctica anterior, el objeto de la controversia se reduce a determinar si en el momento de la suscripción del seguro todo riesgo construcción, Arcade Park ocultó a Liberty los deslizamientos de tierras ocurridos en el mes de febrero en la parcela donde se estaban desarrollando las obras. La actora afirma que tal circunstancia era efectivamente conocida por la aseguradora. Basa su afirmación en la continuidad del contrato de seguro que les ligaba respecto del suscrito previamente con Liberty por la primera constructora, Necso Entrecanales y Cubiertas. Amparándose en tal continuidad, la actora sostiene en su escrito rector del procedimiento que la aseguradora «conocía perfectamente al suscribir la póliza de seguros la situación, naturaleza y circunstancias del riesgo que aseguraban, por lo que ni exige, ni solicita, extremo alguno sobre las características del mismo...» Sin embargo, más allá de esta afirmación general lo cierto es que Arcade Park no comunicó a la aseguradora en el momento de la suscripción del seguro que en febrero habían sucedido en la parcela deslizamientos de tierras. La alegación de

que constaban tales incidentes en el libro de órdenes y que éste era conocido por la aseguradora se desmiente por el hecho de que Liberty tuvo conocimiento del contenido de dicho libro (a través de las actas de las reuniones) en la fase de tramitación del siniestro. Tales extremos resultan de las declaraciones del arquitecto de la obra que reconoce haber entregado dichas actas al perito de la compañía aseguradora. Tal entrega se efectuó en una fase posterior al siniestro y por tanto irrelevante a los efectos que venimos considerando dado que éstos se refieren a la etapa precontractual. »Por otra parte, la condición de «circunstancias relativas a la valoración del riesgo» atribuida a los desprendimientos de febrero del 2000 ha sido negada por la representación legal de la actora en el acto del juicio. Dicha negación consiste en afirmar que en las obras únicamente habían ocurrido desprendimientos poco importantes y que las obras de contención estaban previstas en el proyecto desde el principio. Sin embargo, las declaraciones tanto del arquitecto como arquitecto técnico así como los informes periciales aportados con demanda y contestación evidencian que tales obras de contención fueron proyectadas una vez que se produjeron los deslizamientos en el mencionado mes de febrero de 2000. Por tanto, la existencia de dichos deslizamientos así como una posible meteorización del terreno por la actuación de la máquina excavadora (que se hizo constar en el libro de órdenes de la obra) eran circunstancias de indudable relevancia a la hora de determinar cual era el riesgo asegurable en la obra y debieron ser comunicadas a la entidad aseguradora. La controvertida relación de los desprendimientos de febrero con el riesgo deriva inevitablemente del propio siniestro final dado que las obras de contención planificadas por la dirección facultativa y ejecutadas por la constructora demandante no fueron suficientes para evitar el deslizamiento final de tierras de marzo de 2001. Pese a que el arquitecto de las obras, Aureliano , declaró en el juicio que «en febrero se produce un pequeño deslizamiento superficial» y que la «meteorización posible del terreno no era algo excesivamente preocupante» resulta evidente la trascendencia de la cuestión. Trascendencia que acreditan la adopción de medidas de estudio y ejecución de soluciones constructivas al problema del deslizamiento, el abandono de las obras por la primera constructora debido a discrepancias relativas a dichas soluciones así como la propia producción del siniestro en el mes de marzo de 2001. El arquitecto técnico ha declarado en este sentido que «el desprendimiento posterior no fue detenido por las obras de contención al efecto ejecutadas». »Afirmada, por tanto, la existencia de circunstancias relevantes referidas a la valoración del riesgo (desprendimientos de febrero) que eran indudablemente conocidas por Arcade Park y la falta de comunicación de tales circunstancias a la aseguradora, debemos valorar su incidencia respecto a la obligación de cobertura por la demandada. Dicha ocultación infringe tanto la condición particular 10.^a de la póliza como el deber legal de información (o de respuesta) establecido en el art. 10 LCS . Es cierto que este precepto, en su primer párrafo, modaliza tal deber en el sentido de exigir el previo sometimiento por el asegurador al tomador del seguro un cuestionario y que éste no existió en el presente caso. Sin embargo, la ausencia de aquél viene compensada con la declaración emitida por el asegurado en la condición particular 10.^a del contrato. Como establece la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 1997 (FD 4º), «no hay un deber de declaración sino de respuesta del tomador, de lo que interesa de él el asegurador, y que le importa, a efectos de valorar, debidamente, el riesgo». Este deber de respuesta no viene configurado en el presente caso por la cumplimentación de un cuestionario. Sin embargo, ello no supone pasividad de la aseguradora en la obtención de información sobre el riesgo asegurado. El contenido de la condición particular 10.^a confirma que la aseguradora requirió activamente al tomador una

declaración sobre tal elemento esencial del contrato de seguro. La aseguradora conocía que las obras ya habían comenzado antes de la celebración del contrato (dado que también era la entidad aseguradora de Necso durante dicho período constructivo previo). Mediante la declaración exigida en la precitada condición particular, la aseguradora manifestaba un interés activo en obtener del tomador información sobre las circunstancias de valoración del riesgo. Por tanto, el deber de información sobre dichas circunstancias consagrado en el art. 10 LCS resulta plenamente exigible al tomador del seguro en el caso enjuiciado. »El párrafo tercero del art. 10 LCS establece distintas consecuencias para el incumplimiento del deber de información según que éste se haya producido por dolo o culpa grave del tomador o no. El primer caso determina la liberación del asegurador de la obligación de cobertura. El segundo, una reducción de la prestación proporcional al riesgo realmente existente. »En cuanto a tales conceptos de dolo o culpa grave, la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 2003 (FD 2º) especifica que (el art. 10 LCS) «comprende así el caso de declaraciones inexactas o reticentes por dolo, es decir, cuando esas declaraciones tienen como finalidad el engaño del asegurador, aun cuando no se tenga la voluntad de dañar a la otra parte (artículos 1260 y 1269 del Código Civil) y, también, aquellas declaraciones efectuadas por culpa grave, esto es, con una falta de diligencia inexcusable en la contestación del cuestionario». »En el presente caso, la sociedad constructora guardó silencio sobre un extremo absolutamente relevante para la valoración correcta del riesgo asegurado por Liberty. Tales circunstancias como ha declarado en el interrogatorio practicado en el juicio el representante legal de Liberty de haber sido conocida por ellos habría determinado que la póliza se habría celebrado en condiciones más gravosas para el tomador o «más seguramente, no se habría celebrado». Por las razones expuestas anteriormente (abandono de la primera constructora, construcción de un muro de bataches para la contención y definitiva producción del derrumbamiento de tierras), el silencio de la constructora-demandante sobre los desprendimientos de tierras del mes de febrero de 2000 infringió el deber de buena fe que ha de presidir las relaciones entre asegurador y asegurado. Tal infracción resulta incardinable en el concepto de dolo entendido en sentido negativo como «reticencia en la expresión de las circunstancias conocidas por el tomador de seguro que puedan influir en la valoración del riesgo y que de haberlas conocido el asegurador hubieran influido decisivamente en la voluntad de celebrar el contrato» (sentencia del Tribunal Supremo de 31 de diciembre de 1998).

»En definitiva, había circunstancias relevantes para la valoración del riesgo conocidas por la demandante e ignoradas por la aseguradora que no fueron comunicadas por aquélla a ésta. Tal incumplimiento doloso por el tomador del seguro del deber de declaración conduce a la aplicación del último inciso del párrafo tercero del artículo 10 de la Ley del Contrato de Seguro , relevando a la compañía de seguros demandada de la asunción del siniestro y, en definitiva, del pago de la cantidad pretendida por la sociedad demandante. »Tercero.- La desestimación íntegra de la demanda supone la aplicación del criterio contenido en el art. 394 LEC en materia de costas y, en consecuencia, la imposición a la parte actora de las costas del procedimiento.»

TERCERO.- La Sección 12.ª de la Audiencia Provincial de Madrid dictó sentencia de 29 de marzo de 2007, en el rollo de apelación n.º 844/2005 , cuyo fallo dice:

«Fallamos. »Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por Arcade Park, S.A. contra la sentencia dictada por la Ilma. Sra. Magistrada Juez de Primera Instancia n.º 33 de Madrid con fecha de 22 de octubre de 2004 , recaída en los autos a que el presente rollo se contrae debemos confirmar y confirmamos la

expresada resolución con imposición de las costas de este recurso a la parte apelante.»

CUARTO.- La sentencia contiene los siguientes fundamentos de Derecho:

«Primero.- Se reclama por la actora Arcade Park, S.A. contra la aseguradora Liberty la indemnización de 434.342,05 euros, más intereses del art. 20 LCS, por el siniestro ocurrido el día 2 de marzo de 2001 a causa del derrumbamiento de tierras en la obra que promovía para la construcción de viviendas denominada «El Balcón del Cantábrico», situada en la carretera comarcal C6316, término municipal de Comillas (Santander). La sentencia de instancia desestima la demanda por considerar acreditada la existencia de incumplimiento doloso por el tomador del seguro al silenciar la producción del deslizamiento de tierras ocurrido en el mes de febrero de 2000 que conduce a la aplicación del último inciso del párrafo tercero del art. 10 LCS . »Contra dicha resolución la actora interpone recurso de apelación que funda en las siguientes alegaciones: la sentencia no tiene en cuenta que la constructora que inició las obras fue Necso Entrecanales que tenía contratada póliza de riesgo-construcción con la demandada, la que estuvo hasta noviembre de 2000, no comunicando incidencia alguna en el proceso constructivo; tampoco toma en cuenta la declaración contradictoria del representante legal de Liberty que llegó a manifestar en juicio desconocer que la obra estuviera amparada por su compañía; confunde la intervención de la dirección facultativa, la intervención de la propiedad y la actuación de la compañía de seguros, habiendo manifestado la primera no haber temor a que la obra pudiera padecer riesgo o problema alguno, y haberse adoptado todas las medidas de seguridad necesarias, habiendo seguido la obra su proceso constructivo; la recurrente dice no comprender, por tanto, cuál ha sido su actuación dolosa, habiendo facilitado toda la información de que disponía; que la meteorización del terreno se corresponde al período en que Necso estaba ejecutando la obra, para quien el incidente no mereció comunicación a la aseguradora; no se ha demostrado que al contratar la póliza ocultara la actora de forma consciente y mal intencionada cualquier agravamiento o incidencia en la obra; la demandada no exigió explicación alguna al contratar la póliza, simplemente se limitó a firmar las condiciones generales y particulares; cuando se contrató la póliza el riesgo constructivo era menor al realizar el proyecto de estabilización; y, que Necso rescindió el contrato porque su solución constructiva no era la más adecuada, y no por las incidencias de la obra. »Segundo.- Los argumentos impugnatorios vertidos por la mercantil recurrente carecen de entidad suficiente para desvirtuar los acertados razonamientos de la juzgadora de instancia, los que se aceptan y dan por reproducidos con el fin de evitar innecesarias repeticiones, por lo que procede la íntegra confirmación de la sentencia apelada, debiendo insistir en una serie de extremos.

»Si bien es cierto que la obra objeto de aseguramiento por la actora fue iniciada actuando como constructora la entidad Necso Entrecanales (hecho recogido por la sentencia de instancia), la cual tenía suscrita póliza de seguros con la demandada - respecto de la cual su representante legal manifestó haberla concertado de forma abierta (amparaba todas las obras de Necso), de manera que iba comunicando la obra concreta que ejecutaba-, sin embargo, tras la rescisión del contrato por Necso, la ejecución de la obra la asumió la actora, suscribiendo al efecto nueva póliza de seguro en fecha 24 de noviembre de 2000 para cubrir tal construcción que iba a continuar. »El artículo 10 de la Ley del Contrato de Seguro , relaciona el deber de veracidad del asegurado con el cuestionario, como derecho y deber del asegurador de someter al mismo aquél, hasta tal punto que «quedará exonerado de tal deber» (de declarar todas las circunstancias que puedan influir en la valoración del riesgo) «si el asegurador no le somete cuestionario o cuando aun

sometiéndoselo, se trata de circunstancias que puedan influir en la valoración del riesgo y que no estén comprendidas en él» tal como dispone el último inciso del primer párrafo de dicho artículo 10 . La razón última de esta norma no es que deje de protegerse la veracidad y la buena fe, sino que no es concebible la exigencia al asegurado que declare, en su contra si es preciso, cuando ni siquiera la parte contraria en el contrato, el asegurador, se ha preocupado en preguntarle sus circunstancias, mediante un adecuado cuestionario. »En el presente caso, si bien la mercantil aseguradora no sometió a la actora a cuestionario alguno, sin embargo, la finalidad del mismo se obtiene mediante la condición particular 10, recogida en la póliza de seguro que literalmente dice: «Obra Iniciada. El asegurado declara que en el momento de la toma de efecto de este seguro, no existe circunstancia alguna que pueda dar origen a una reclamación al amparo de esta póliza», con lo cual cabe concluir que no existe pasividad por la aseguradora en la obtención de información sobre las circunstancias de valoración del riesgo asegurado, confirmando dicha cláusula, como dice la juzgadora de instancia, que la aseguradora requirió activamente al tomador una declaración sobre tal elemento esencial del contrato de seguro. »Tercero.- Atendidas las circunstancias concurrentes cabe estimar dolo o culpa grave del tomador asegurado al haber omitido comunicar a la demandada al tiempo de suscribir la póliza de seguro el deslizamiento de rocas producido en el mes de febrero de 2000, el cual, pese al esfuerzo de restarle importancia la actora («mínimos desprendimientos de roca que no eran importantes», «incidente normal» dijo su representante legal en juicio) y los miembros de la dirección facultativa, lo cierto y verdad es que tras producirse dicho incidente, se paralizó la obra, se realizó un estudio geotécnico del terreno, se propusieron diferentes soluciones constructivas de contención de tierras, realizándose finalmente la propuesta por la empresa Pilotes Sánchez, aceptada por la dirección facultativa, y, tras hacer nueva planificación de obras, se reanudaron éstas, pero no en el lugar donde se había producido el deslizamiento de tierras, sino en otra zona, como así lo declara el arquitecto don Isaac , al decir que siguieron actuando en la parte de abajo, e hicieron una contención en el muro de la parte de arriba y esa contención se vino abajo después, no siendo el sistema de contención de tierras llevado a cabo el correcto, como vino a reconocer el arquitecto técnico don Rodrigo , y manifestó el perito de la demandada. »La circunstancia del deslizamiento de tierra producido constituye, pues, un hecho relevante para la valoración correcta del riesgo asegurado por Liberty que debió serle comunicado por la actora al suscribir la póliza, pues de haberlo conocido dicha aseguradora habría concluido el contrato en condiciones más gravosas o no le habría celebrado, como así lo manifestó su representante legal en juicio. »De lo antedicho se infiere que la entidad asegurada, por lo menos, incurrió en culpa grave, lo que hace, a tenor de lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley de Contrato de Seguro , que la aseguradora en este caso quede liberada del pago de la prestación. »Cuarto.- Consecuentemente, procede desestimar el recurso de apelación y, de acuerdo con los artículos 394 y 398 LEC , imponer las costas causadas en esta instancia al apelante.»

QUINTO.- En el escrito de interposición del recurso de casación presentado por la representación procesal de Arcade Park, S.A., se formula el siguiente motivo de casación: Motivo único. «Infracción y/o aplicación errónea del artículo 10 de la Ley del Contrato de Seguro .» El motivo se funda, en resumen, en lo siguiente:

La doctrina y la jurisprudencia mantienen que el artículo 10 LCS , a diferencia del artículo 381 del Cco . en el que el asegurado estaba obligado a decir todo lo que sabía del riesgo, circunscribe el deber de declaración al cuestionario que el asegurador someta al presunto tomador del seguro hasta tal punto que quedará

exonerado el asegurado del deber de declarar todas las circunstancias que puedan influir en la valoración del riesgo si el asegurador no le somete cuestionario. La razón última de esta norma no es que deje de protegerse la veracidad y la buena fe, sino que no es concebible la exigencia del asegurado que declare, en su contra si es preciso, cuando ni siquiera el asegurador se ha preocupado en preguntarle sus circunstancias, mediante un adecuado cuestionario. Cita la STS 7 de febrero de 2001 . Es un hecho probado que en los presentes autos no hubo cuestionario, pese a lo cual se exonera de responsabilidad a la aseguradora. No cabe equiparar la condición particular 10.^a a cuestionario alguno. No se atisba a vislumbrar la mala fe del asegurado que era beneficiario en la póliza original. El ocultamiento de la agravación del riesgo no benefició a la entidad recurrente, ya que los deslizamientos se produjeron nueve meses antes, cuando el tomador y asegurado era Necso y ella era la beneficiaria de la póliza, por lo que si Necso no informó, menos aún debía hacerlo la recurrente. La declaración presuntamente realizada por la recurrente no fue tal, ya que las condiciones particulares no están firmadas. Cita la STS de 2 de diciembre de 1997 que declara que el artículo 10 limita el deber de veracidad del asegurado a lo que el cuestionario contiene, así como que no hay un deber de declaración sino de respuesta del tomador acerca de lo que le interesa de él al asegurador y que le importa a efectos de valorar debidamente el riesgo, como la concurrencia de aquellos otros extremos que sean de su interés. Según la recurrente no puede apreciarse una conducta dolosa o gravemente culposa del tomador del seguro, con el efecto liberador de la obligación de pago que se pretende, puesto que el día que se suscribió la póliza no tenía certeza, duda o sospecha del acaecimiento del siniestro. En este sentido cita la STS de 18 de mayo de 1993 . Termina solicitando de la Sala «Que tenga por presentado este escrito, se sirva admitirlo y dentro del plazo legal conferido al efecto tenga por interpuesto recurso de casación contra la sentencia dictada en fecha 29 de marzo de 2007, dictada por la Sección 12.a de la Audiencia Provincial de Madrid , e incorporarlo a los autos originales a remitir a la Sala Primera del Tribunal Supremo, órgano competente para conocer del mismo.»

SEXTO.- Por auto de 24 de marzo de 2009 se acordó admitir el recurso de casación.

SÉPTIMO.- En el escrito de oposición al recurso de casación presentado por la representación procesal de Liberty Insurance Group, Compañía de Seguros y Reaseguros, S.A. se formulan en síntesis, las siguientes alegaciones: Al motivo único. El artículo 10 LCS pretende amparar la buena fe que se presume y debe presidir este contrato, sancionando a quien pretenda engañar con dolo o mala fe a la contraparte. En el caso que nos ocupa la mala fe o dolo de la demandante ha quedado plenamente acreditado y así se ha reflejado en las sentencias recaídas a lo largo del procedimiento. El cuestionario no es otra cosa que el requerimiento de información sobre algunas circunstancias que la aseguradora quiera tener en cuenta a la hora de valorar el riesgo real que se pretende asegurar. Y así se viene a decir en el FJ 5 de la STS de 31 de mayo de 2004 . No hay duda de que la aseguradora solicitó información acerca de si se habían producido incidencias en el transcurso de la obra ya iniciada que agravaran el riesgo que se pretendía asegurar, como consta en la cláusula 10.^a de las condiciones particulares. Es irrelevante que Necso no hubiera dado parte del siniestro, puesto que al ser unos desprendimientos que no habían causado daños indemnizables no pueden considerarse un siniestro de la póliza de Necso, pero sí una agravación del riesgo. La agravación es previa a la suscripción de la póliza, y por tanto cuando se le solicitó la información lo ocultó, siendo consciente de que el riesgo era muy superior, como lo demuestra que tuvieron que paralizarse las obras desde febrero

a noviembre de 2000 para hacer estudios del terreno y estudiar soluciones constructivas a ese problema. No cabe alegar ahora, de manera extemporánea, que las condiciones particulares no están firmadas, pues tal argumento no fue esgrimido en apelación. Es innegable la mala fe de la aseguradora que concedora de los posibles agravamientos oculta deliberadamente los mismos cuando se le pregunta por ellos. Cita las SSTS de 7 de diciembre de 2004 y 2 de abril de 2001 . Termina solicitando de la Sala «que, teniendo por presentado este escrito, se digno admitirlo, unirlo a los autos de su razón, tenerme por evacuado en el trámite conferido y por opuesto al recurso de casación formalizado de adverso y previos los trámites pertinentes, se digno dictar nueva sentencia por la que desestimando íntegramente el recurso, confirme la recurrida, con imposición de las costas causadas a esta parte.»

OCTAVO. - Para la deliberación y fallo del recurso se fijó el día 27 de abril de 2011, en que tuvo lugar.

NOVENO.- En los fundamentos de esta resolución se han utilizado las siguientes siglas jurídicas: FJ, fundamento jurídico. LEC, Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil . LCS, Ley 50/80, de 8 de octubre, de Contrato de seguro.

RC, recurso de casación. SSTS, sentencias del Tribunal Supremo (Sala Primera, si no se indica otra cosa). STS, sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera, si no se indica otra cosa).

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Rios, que expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Resumen de antecedentes.

1. La entidad Arcade ParK, S.A. interpuso una demanda contra su aseguradora Liberty Insurance Group, Compañía de Seguros y Reaseguros, S.A. en reclamación de la indemnización de 434 342, 05 euros, importe en el que valoraba los daños propios y a terceros sufridos como consecuencia del derrumbamiento de tierras acaecido el 2 de marzo de 2001 en las obras de construcción de la urbanización «El balcón del Cantábrico» en Comillas. A esta pretensión se opuso la aseguradora con fundamento en la existencia de una actuación dolosa por parte del tomador del seguro consistente en la ocultación de las verdaderas circunstancias definitorias del riesgo asegurado en el momento de suscripción del seguro, discrepando, para el caso de que tal oposición no fuera estimada, de la cuantificación de daños efectuada por la parte contraria. 2. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda al considerar acreditado que la entidad demandante incumplió dolosamente el contrato, en tanto en cuanto como tomador del seguro silenció la producción del deslizamiento de tierras ocurrido con anterioridad a la suscripción de la póliza, en el mes de febrero de 2000, lo que condujo a la aplicación del último inciso del párrafo tercero del artículo 10 de LCS .

3. La Audiencia Provincial desestimó el recurso y confirmó la sentencia por entender, en síntesis, que si bien la aseguradora no sometió a la actora a cuestionario alguno con el fin de declarar todas las circunstancias que pudieran influir en la valoración del riesgo, sin embargo la finalidad del mismo se obtuvo mediante la condición particular 10.^a recogida en la póliza de seguros suscrita que literalmente dice: «Obra iniciada. El asegurado declara que en el momento de la toma de efecto de este seguro, no existe circunstancia alguna que pueda dar origen a una reclamación al amparo de esta póliza». De este modo concluyó que hubo dolo o culpa grave del tomador del seguro al haber omitido comunicar a la aseguradora el deslizamiento de rocas producido en el mes de febrero de 2000,

hecho que consideró relevante para la valoración correcta del riesgo asegurado por Liberty y que como tal debió serle comunicado por la actora al suscribir la póliza. No habiéndolo hecho, la asegurada incurrió en culpa grave, por lo que a tenor del artículo 10 de LCS la aseguradora quedó liberada de responsabilidad.

4. Contra esta sentencia se ha interpuesto recurso de casación por la representación procesal de Arcade Park, S.A., el cual ha sido admitido al amparo del artículo 477.2.2.º LEC .

SEGUNDO.- Enunciación del motivo único de casación. El motivo único se introduce con la siguiente fórmula: «Infracción y/o aplicación errónea del artículo 10 de la Ley del Contrato de Seguro .» El motivo se funda, en síntesis, en que: (a) es un hecho acreditado que no hubo cuestionario por lo que el tomador del seguro tendría que quedar exonerado del deber de declarar todas las circunstancias que pudieran influir en la valoración del riesgo, sin que la finalidad del mismo pueda obtenerse con la condición particular 10.ª recogida en la póliza, como mantiene la sentencia recurrida, especialmente cuando las condiciones particulares no están firmadas; (b) no cabe apreciar una conducta dolosa o gravemente culposa del tomador del seguro, con el efecto liberador de la obligación de pago que se pretende, puesto que el día que se suscribió la póliza no tenía certeza, duda o sospecha del acaecimiento del siniestro.El motivo debe ser desestimado.

TERCERO.- Alcance de la obligación de declaración de riesgos por parte del tomador del seguro . A) La interpretación que esta Sala ha efectuado del artículo 10 LCS, que se considera infringido se formula en torno a dos conceptos: a) El tomador del seguro tiene el deber precontractual de declarar y describir el riesgo asegurado, es decir, señalar todas las circunstancias conocidas que puedan influir en la valoración del riesgo y este deber se cumple contestando el cuestionario que le presenta el asegurador. La buena fe que informa este artículo, cuando impone al tomador un deber de contestación o respuesta sin reservas ni inexactitudes de lo que se le pregunta, tiene como finalidad que el asegurador pueda conocer con exactitud el riesgo objeto de cobertura antes de contratar, y aun siendo de aplicación a toda clase de seguros, está especialmente condicionada en función del que se contrata, pues no toda omisión influye de la misma forma en la valoración del riesgo ni conlleva la liberación de la entidad aseguradora del pago de la prestación, sino tan solo la de aquellas circunstancias por él conocidas actuando con dolo o culpa grave determinante de la celebración de un contrato que, de otra, forma la aseguradora no hubiera concertado en las mismas condiciones (SSTS 27 de octubre de 1998 ; 25 de noviembre de 1993 ; 31 de mayo de 2004 ; 17 de octubre de 2007 , entre otras); dolo que la jurisprudencia ha definido como la «reticencia en la expresión de las circunstancias conocidas por el tomador del seguro que puedan influir en la valoración del riesgo y que de haberlas conocido el asegurador hubiera influido decisivamente en la voluntad de celebrarlo» (STS 15 de noviembre de 2007 , y las que cita). b) El deber de declarar no existe si el asegurador omite pedir al solicitante esta descripción de los riesgos, de modo que el asegurado se libera de la carga y el asegurador asume las consecuencias de su falta de diligencia. Esta doctrina ha sido mantenida por esta Sala en SSTS 25 de octubre de 1995 , 21 de febrero de 2003 y 27 de febrero de 2005 . Las consecuencias del incumplimiento de este deber están determinadas en el propio artículo 10.3 LCS , debiendo tenerse en cuenta si existió o no dolo o culpa grave por parte del asegurado en la declaración del riesgo, ya que de concurrir, el efecto que la falta de declaración producirá es el de que quedar el asegurador liberado del pago de la prestación pactada (STS 31 de mayo de 2004). B) En el caso examinado, la sentencia de la Audiencia Provincial considera

probado que el tomador del seguro no cumplió el deber precontractual de informar, pese a que no fue sometido a cuestionario alguno. Como ya se ha señalado antes, el asegurado debe precisar las circunstancias relevantes para la contratación del seguro y que puedan influir en la valoración del riesgo, lo que incluye todas las incidencias por él conocidas, según el artículo 10 LCS . Ha quedado probado que la recurrente conocía el riesgo generado por los previos deslizamientos de tierras producidos en febrero de 2000 cuando la ejecución de las obras la estaba llevando a cabo la constructora Necso Entrecanales y Cubiertas y ella era la promotora de dichas obras, puesto que los mismos motivaron la paralización de la obra, la realización de un estudio geotécnico del terreno, el estudio de diferentes soluciones constructivas de contención de tierras con el fin de excluir futuros desprendimientos, surgiendo entonces desavenencias con la constructora que propiciaron que esta rescindiera el contrato que le vinculaba con la promotora, la cual asumió entonces de forma directa la ejecución de las obras y suscribió a tal efecto nueva póliza de seguro en fecha de 24 de noviembre de 2000 para cubrir la construcción que iba a continuar. Asimismo ha quedado acreditado que, si bien la aseguradora no sometió a cuestionario alguno a la asegurada, la finalidad perseguida por el mismo quedó cumplida mediante la condición particular 10.^a que dice: «Obra Iniciada. El asegurado declara que en el momento de la toma de efecto de este seguro, no existe circunstancia alguna que pueda dar origen a una reclamación al amparo de esta póliza». En cuanto a este extremo, sostiene la entidad recurrente que esta declaración no puede ser tomada en cuenta, toda vez que las condiciones particulares no están firmadas. Esta alegación, según la parte recurrida, no puede tener favorable acogida al tratarse de una cuestión nueva, que se introdujo por primera vez en el escrito de interposición del recurso de casación. Esta Sala considera que debe aceptarse esta alegación, pues esta cuestión debía haberse sometido a deliberación desde la primera instancia, dando con ello la posibilidad a la parte contraria de oponerse y argumentar y probar sobre la misma y a los tribunales de primera y segunda instancia pronunciarse sobre la misma.

A este respecto esta Sala ha declarado en reiteradas ocasiones la imposibilidad de plantear cuestiones nuevas en el recurso de casación, en cuanto se ve afectado el derecho de defensa y los principios de preclusión, audiencia bilateral, igualdad de partes y congruencia (STS 28 de mayo de 2004, RC 2171/1998 , y 21 de julio de 2008, RC n.º 3705/2001). No es admisible la introducción en el recurso de casación de un elemento de controversia que ha sido ajeno al debate en las instancias (SSTS de 27 de marzo de 2003, RC n.º 1273/1995 , 1 de febrero de 2000, RC 1400/1995 , 10 de julio de 1996, RC 3108/1992 , 27 de septiembre de 2000, RC n.º 2908/1995 , 27 de febrero de 2007, RC n.º 287/2000 , y 24 de enero de 2008, RC n.º 5149/2000) y se ha considerado cuestión nueva incluso la invocación de preceptos jurídicos, no alegados con anterioridad, cuando implicaba la alteración de la causa de pedir modificando los términos de la controversia (STS de 14 de junio de 2000, RC n.º 1011/1995), o suponía una variación del fundamento fáctico (STS de 2 de diciembre de 2008, RC n.º 5159/2000), aunque esto no impide a la parte recurrente esgrimir cuantos fundamentos jurídicos puedan apoyar su recurso, siempre que se mantenga dentro de los límites de lo que fue objeto de la segunda instancia. Conclusión de lo anterior es que el deber de declaración del tomador del seguro se incumplió, tal como resulta de los hechos declarados probados, al haber silenciado la entidad asegurada, al tiempo de suscribir la póliza de seguro, el deslizamiento de tierras producido con anterioridad, siendo tal hecho relevante para la valoración correcta del riesgo asegurado por la entidad aseguradora Liberty. La conducta de la asegurada frustró la finalidad del contrato para la aseguradora al no proporcionarle todos los datos que conocía e

impulsó a la compañía a celebrar un contrato que quizás no hubiera concertado si este le hubiera manifestado todas las circunstancias que conocía. Y esta conducta tiene entidad suficiente para ser calificada de dolosa o de culpa grave con los efectos previstos en el art. 10 LCS de liberar al asegurador de su deber de prestación.

CUARTO.- Desestimación del recurso y costas .

La desestimación del recurso de casación comporta la procedencia de confirmar la sentencia impugnada de acuerdo con el artículo 487 LEC y de imponer las costas a la parte recurrente, en virtud de lo dispuesto en el artículo 394 LEC , en relación con el artículo 398 LEC . Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

1. Declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Arcade Park, S.A. contra la sentencia de 29 de marzo de 2007, dictada en grado de apelación, rollo n.º 844/2005, por la Sección 12.^a de la Audiencia Provincial de Madrid , dimanante del juicio ordinario n.º 306/2003, del Juzgado de Primera Instancia n.º 33 de Madrid , cuyo fallo dice: «Fallamos. »Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por Arcade Park, S.A. contra la sentencia dictada por la Ilma. Sra. Magistrada Juez de Primera Instancia n.º 33 de Madrid con fecha de 22 de octubre de 2004 , recaída en los autos a que el presente rollo se contrae debemos confirmar y confirmamos la expresada resolución con imposición de las costas de este recurso a la parte apelante.» 2. No haber lugar a casar por el motivo formulado la sentencia recurrida, que resulta confirmada con este alcance. 3. Imponer las costas de este recurso a la parte recurrente.