

**JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 5 DE
DONOSTIA**

**DONOSTIAKO LEHEN AUZIALDIKO 5 ZK.KO
EPAITEGIA**

TERESA DE CALCUTA-ATOTXA-JUST. JAUREGIA 1 1ªplanta - CP./PK: 20012
TEL.: 943-000735
FAX: 943-004365

NIG PV / IZO EAE: 20.05.2-17/005597
NIG CGPJ / IZO BJKN :20069.42.1-2017/0005597

Procedimiento ordinario / Prozedura arrunta 394/2017 - A

S E N T E N C I A Nº 97/2018

JUEZ QUE LA DICTA: Don EDORTA JOSU ETXARANDIO HERRERA

Lugar: DONOSTIA / SAN SEBASTIÁN

Fecha: veinticuatro de abril de dos mil dieciocho

PARTE DEMANDANTE:

Abogado: JORGE FUSET DOMINGO

Procuradora: MATILDE ODRIOZOLA ALCÁNTARA

PARTE DEMANDADA: KUTXABANK VIDA Y PENSIONES SAU
-KUTXABANK SEGUROS-

Abogado: JOSÉ RAMÓN JIMÉNEZ GONZÁLEZ

Procuradora: SAIOA ETXABE AZKUE

OBJETO DEL JUICIO: RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- , con mandatario procesal la Procuradora Sra. Odriozola, interpuso el 1 de junio de 2017 demanda de juicio declarativo ordinario contra KUTXABANK VIDA Y PENSIONES S.A.U., en petición de condena al pago de 48.080,97 euros, además de los intereses del art. 20 LCS, e imposición de costas del procedimiento, con declaración de mala fe y temeridad.

Segundo.- La indicada demanda, repartida a este Juzgado, fue admitida por decreto de 13 de junio de 2016, emplazándose a la parte demandada para que compareciera, bajo

apercibimiento de ser declarado en rebeldía, en otro caso, y si le conviniera, contestara la demanda en plazo de veinte días.

Tercero.- La entidad demandada, KUTXABANK VIDA Y PENSIONES S.A., contestó bajo representación de la Procuradora Sra. Etxabe el 19 de julio de 2017, resistiéndola en el sentido de su desestimación íntegra, lo que se tuvo por ocurrido en tiempo y forma en diligencia de ordenación de 4 de setiembre de 2017, amén de que se convocaba a los litigantes a la audiencia previa de arts. 414 y ss. LEC.

Cuarto.- Celebrada la audiencia previa el 31 de octubre de 2017, con asistencia de las dos partes litigantes, y no constando óbices procesales para dictado de la resolución en cuanto al fondo, se propuso la prueba que, admitida como pertinente y útil, se aseguró para su práctica en el acto del juicio, que fue señalado para el día 9 de enero de 2018.

Quinto.- El día del juicio hubo de ser suspendido y nuevamente señalado por causa legal, a instancias de ambas partes, en cuatro ocasiones, y por fin, el 17 de abril de 2018 se celebró el acto, acudiendo las representación y defensa de las dos posiciones de parte, y fue practicada la prueba de fuente personal que resultó viable, concluyendo los abogados asistentes por su orden, en este proceso que ha seguido sus regulares trámites, resultando los siguientes:

HECHOS PROBADOS

1.- El actor, _____, contrató el 7 de mayo de 2001 póliza de seguro de fallecimiento e invalidez permanente y absoluta por cualquier causa, con la demandada, Kutxabank Vida y Pensiones S.A.U., cuya solicitud de adhesión es el documento núm. 1, y las condiciones particulares y generales el documento núm. 2 de los acompañados con el escrito de demanda, y a los que aquí se hace expresa remisión.

2.- Para la formulación del contrato de seguro, Kutxabak Vida sujetó al actor a uno cuestionario de salud, y en el mismo firmó un impreso en que constaba NO como respuesta a las preguntas que indagaban sobre “¿Tiene en la actualidad algún problema de salud?”, “¿Padece o ha padecido en el transcurso de los últimos cinco años alguna enfermedad o accidente grave?”, “¿Sigue actualmente algún tratamiento médico, o lo ha seguido durante los dos últimos años?”, y “¿Padece o ha padecido alguna invalidez?”.

3.- El actor fue diagnosticado de un histiocitoma fibroso maligno en pelvis derecha en 1994, y tras quimioterapia, fue intervenido el 21 de agosto de 1995 en el Instituto M.D. Andersen de Houston, con resección y reconstrucción de la pelvis con aloinjerto de hueso y colocación de una prótesis total de cadera derecha, experimentando la complicación de paresia de nervio ciático poplíteo externo, que provocó un pie equino, corregido con férula tipo Rancho de los amigos, siendo alta en diciembre de 1995, sin medicación, no obstante realizar controles periódicos en la clínica de Houston en 1996, 1997 y 1998, y en el servicio de

oncología de la Residencia de San Sebastián, en 1999, 2000 y 2001, con normalidad y sin pautarse tratamiento. En 2000 fue dado de alta en el Instituto M.D. Andersen por considerar curado el cáncer óseo. En 2009 aparece en informes clínicos una insuficiencia renal crónica, sin filiar ni datación de su origen, lo mismo que hipercolesterolemia.

4.- Después de 20 años, la reabsorción del hueso pélvico injertado al actor, provocando inestabilidad de la cadera, disimetría de las extremidades, con aumento de la cojera, de los dolores en la zona y una limitación de su capacidad de andar, indicaron la reintervención de 19 de octubre de 2015 en la Clínica Ruber, para retirar y colocar nueva prótesis de hemipelvis derecha a medida. Pero en el postoperatorio la herida quirúrgica se infectó, afectando también al material de osteosíntesis y al anclaje de la cadera, lo cual determinó ingreso hospitalario en la unidad de infecciosos del Hospital Universitario Donostia de 21 de noviembre a 16 de diciembre de 2015. La extremidad derecha se giró en rotación externa y se lesionó el plexo pélvico con afectación del nervio ciático. Se siguió tratamiento rehabilitador del 17 de diciembre de 2015 hasta el 9 de junio de 2016, cuando recibió el alta el actor con secuela de bipedestación con ortesis KAFO y dos muletas, limitada a pocos minutos, claudicación a 500 m., sin tolerar la postura de sentado por un tiempo prolongado, incluso manteniéndose las parestesias en reposo en cama.

5.- El actor, que en 2001, al contratar la póliza de seguro tenía únicamente una leve cojera, que no le limitaba para realizar su vida laboral activa, al alta del tratamiento rehabilitador después de la intervención de octubre de 2015, se encuentra en junio de 2016, por secuelas mecánicas y neurológicas, incapacitado para realizar cualquier trabajo con un mínimo rendimiento y asiduidad de modo continuo durante toda la jornada, equiparable a la situación de incapacidad permanente absoluta del régimen de la Seguridad Social.

6.- Como director gerente de una fábrica de cerveza en Donostia, estuvo de alta en el Régimen General de la Seguridad Social, aunque sin constar en incapacidad temporal, pasó a desempleo en octubre de 2009, al cerrar la empresa, en que se mantuvo hasta suscribir convenio especial de cotización en 2011, jubilándose el 23 de octubre de 2016, al cumplir 61 años.

7.- El actor cursó parte de siniestro reclamando por su invalidez el 12 de agosto de 2016, siendo denegado por carta de 27 de septiembre todo pago de indemnización por la aseguradora demandada, alegando que existían en el momento de la contratación circunstancias que no fueron comunicadas en el cuestionario de salud, por lo que dieron de baja la garantía de invalidez absoluta del seguro.

8.- El 5 de octubre de 2016 presentó el demandante reclamación ante el Servicio de Atención al Cliente de Kutxabank Vida, la cual fue contestada con desestimación por carta de 10 de enero de 2017, en que se considera correcto el rehúse del siniestro en virtud de lo dispuesto en el artículo 10 LCS.

9.- El capital asegurado para la contingencia de invalidez permanente absoluta en 2016 asciende a 48.080,97 euros, que se reclama en este juicio.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La versión judicial de hechos, procede de lo incontrovertido, y de lo documentado con la demanda, y con las respuestas a los requerimientos con cooperación judicial como prueba de parte del INSS, de Osakidetza y de la Clínica Ruber Internacional, así como de las periciales médicas, esclarecidas en el acto del juicio por los doctores José Daniel Sanroque Saixo, reclutado por la parte actora, Esteban Izaguirre Basozabal, que contrata la aseguradora demandada, y Adolfo Herrero Ocampo, que dictaminó por designación judicial.

En realidad, lo controvertido en el plano de hecho, no valorativo, se circunscribe a dos órdenes de cuestiones, la una, de la situación de salud preexistente a mayo de 2001, en relación con la intervención quirúrgica de 2016, de la que sostiene haber quedado incapacitado; y la otra, precisamente el significado de hecho de la incapacidad.

La circunstancia de la contratación de la póliza, sus condiciones particulares y generales, es pacífica, y está suficientemente documentada, sin que conozca especial relevancia la situación subjetiva en que se produjo. Tampoco hay debate al respecto del capital asegurado que se reclama de 48.080,97 euros, sino acerca de que la cobertura funcione porque el contrato valga, y si se ha producido la contingencia de invalidez permanente absoluta.

En cuanto a los cuestionarios de salud, tampoco hay debate histórico, tanto en el tenor literal del mismo, ya que es documento que aporta la demanda, firmado, como en cuanto a las cuatro preguntas que se respondieron negativamente, y que se reseñan en el fáctico. Queda precisado que el “no” como respuesta pertenece a una declaración impresa, esto es, no hay ninguna señal de propia mano, como por ejemplo, una equis en una casilla, salvo la misma firma. Cómo se llegó a imprimir y firmar carece de prueba.

Por lo que hace al primer bloque mencionado de relación fáctica, se hace resumen en el apartado 3.- de los hechos del tumor cancerígeno óseo del que fue intervenido el actor en agosto de 1995 en Houston, habiendo recibido el alta en diciembre del mismo año, y que se considera curado definitivamente en 2000. De la intervención resultó con un injerto de hueso y prótesis total de cadera derecha, y una ligera cojera, por haber experimentado una complicación de paresia de nervio ciático poplíteo externo, que provocó un pie equino, corregido con férula. En esto no hay discrepancia entre dictámenes médicos de parte.

Los dos aspectos discrepantes son, de un lado, si existía una insuficiencia renal crónica, y si hubo tratamiento desde el alta de la citada intervención quirúrgica y hasta 2001. En cuanto a lo primero, aparte del dictamen del Dr. Izaguirre, que lo afirma, y establece una falta de claridad de su filiación, si bien aventura que tuviera origen en la quimioterapia recibida en 1995, no hay otro rastro en la historia clínica que una primera referencia en el informe del HUD de 22 de octubre de 2009, en que, derivado de un ingreso desde urgencias por *scacest* angina inestable, en el apartado de “pruebas complementarias”, después de una analítica en que se hacen constar los datos de creatinina, agrega: “presentó un daño renal residual al tto con cisplatino”. Luego se repite en otros informes, como el de 25 de octubre, y en alta de la Clínica Ruber de 19 de noviembre de 2015. Y es en el informe del HUD de 21 de noviembre de 2015, en que se añade, siempre sin filiar, IR crónica desde 1996-1997. No está documentado de dónde se obtiene en 2009, cuando se atiende por un infarto, esa IRC, y tampoco ya en 2015, cuando se atiende por la causa que termina en la intervención quirúrgica

problemática de sustitución de la cadera protésica, de dónde se fija el origen en 1996-1997. El Dr. Sanroque repasa los datos de la analítica de creatinina en autos y afirma que no puede diagnosticarse IRC, que es una noción que se fija por datos de filtrado glomerular en un determinado lapso de tiempo, que el actor no tiene tratamiento al respecto, y mucho menos puede filiarse en la quimioterapia de 1995.

Por otro lado, los controles después del alta en la Clínica MD Anderson en diciembre de 1995, los realizados en la clínica de Houston en 1996, 1997 y 1998, y los del servicio de oncología de la Residencia de San Sebastián, en 1999, 2000 y 2001, fueron de RX y pura revisión de análisis de sangre y orina, pasándose con normalidad, por lo que no ha habido ningún tratamiento pautado. En 2000 fue dado de alta en el Instituto M.D. tratamiento, y antes de concertar el contrato del seguro del caso estaba el paciente médicamente curado, sin farmacología.

El perito médico de designación judicial, Dr. Herrero, no dictamina más que sobre el estado desde agosto de 2016, pero los antecedentes personales de la historia clínica son consignados críticamente como base de la respuesta a las preguntas que son objeto del dictamen. En tales, no aparece la IRC, ni tratamiento para las consecuencias de la intervención quirúrgica de agosto de 1995. Ello unido a la falta de orígenes documentados de afirmaciones en dos grupos de informes médicos justificados por otras dolencias, en 2009 y 2015, y la opinión del Dr. Sanroque, llevan a no tener por probado lo que pretende la demandada.

En cuanto a la situación que lleva a reclamar la invalidez permanente absoluta en agosto de 2016, no cabe dudar que es un efecto indirecto de la causa en el tumor maligno reseccionado en 1996, puesto que esto impuso una prótesis y aloinjerto, que dieron problemas 20 años más tarde. Ahora bien, la intervención quirúrgica de 19 de octubre de 2015, en el plano de la causalidad adecuada, si es efecto de una dolencia previa, no es la causa de la situación final del actor, ya que tenía una leve cojera instaurada después de la intervención de 1995, pero es la infección postoperatoria y su solución, después de rehabilitación, lo que determina el estado final en agosto de 2016. El dictamen del Dr. Herrero es concluyente: aparte de que se retiró la antigua hepipelvis derecha protésica y se colocó una nueva, “la herida quirúrgica se infectó, se giró en rotación externa la extremidad y se lesionó el plexo pélvico con afectación del nervio ciático”, y ello provocó las secuelas neurológicas, motoras y sensoriales, y la secuela mecánica.

El segundo orden de hechos controvertido es el estado final . El Dr. Sanroque no lo duda en su dictamen, dado que se le informó que no era un motivo de rechazo de cobertura por la compañía de seguros, y el Dr. Izaguirre informa que la incapacidad permanente sería una total para la profesión habitual de gerente, y no una absoluta. Sin embargo, el específico dictamen sobre este punto del perito de designación judicial, también especialista en Medicina del Trabajo, es terminante: a la limitación de movilidad a pocos minutos, con claudicación a 500 m., sin tolerar la postura de sentado por un tiempo prolongado, incluso manteniéndose las parestesias en reposo en cama, se suman factores que impiden cumplir una estabilidad de jornada laboral que sea digna de un precio salarial en el mercado, como el tiempo necesario en aseo, preparación y cuidados de la piel abdominal (abdomen catastrófico por los injertos, y cicatrices sobre infectadas), u de la extremidad para tolerar la ortesis (i); los efectos secundarios de la medicación antiálgica, principalmente somnolencia y elentecimiento intelectual (ii); y la irritabilidad e intolerancia, que como se explicó en el acto del juicio, afecta a quien padece parestesias que no son congénitas o tempranas, y no se adapta a un dolor que no cesa ni en reposo (iii). Este dictamen médico *ad*

hoc, después de haber reconocido al demandante el 1 de febrero pasado, que incluso superaría la situación de invalidez permanente absoluta del sistema de Seguridad Social, y así se tiene acreditado en sana crítica ex art. 348 LEC, médicamente, como irreversible, no voluntario, permanente, e incapacitante para toda ocupación laboral. La traducción funcional- contractual es *quaestio iuris*.

El apartado 6.- del fáctico deja constancia de lo que desvela la vida laboral certificada por la TGSS, completado con ciertos detalles no combatidos.

Por lo que hace al mecanismo y contenido de la reclamación extrajudicial del asegurado y la contestación de la compañía de seguros demandada, se resume en los apartados 7.- y 8.-, en el sentido de lo sustancial de lo manifestado por las partes.

SEGUNDO.- La pretensión actora es de cumplimiento del contrato de seguro de vida e incapacidad permanente absoluta, que vincula al actor y a Kutxabank Vida, fundada en arts. 1, 2, 80 y 81 LCS, y en general en el bloque legal del Derecho de obligaciones.

La entidad demandada resiste por la patología de quien reclama al contratar en 2001, fundando nulidad del contrato por ausencia de causa, al no haber aleatoriedad al asegurar un quebranto de salud ya padecido (cfr.: arts. 4 y 10 pfo.1º LCS) (i); por mendacidad en las respuestas de la declaración de salud (art. 10 pfo. 1º LCS) (ii); y por la facultad de “rescisión” del contrato de seguro ex art. 10 LCS, debido a la reserva mental en la declaración del riesgo que debe ser asegurado (ii).

En realidad, los dos primeros ataques, para el caso, son las versiones legal (causa contractual subjetiva), y contractual (declaración objetiva del asegurado) de la misma cosa, esto es, la discrepancia entre el riesgo real y el asegurado en el contrato, bien por reticencia que implica dolo y la ausencia de aleatoriedad en el contrato de seguro, bien por inexactitud objetiva en la declaración de salud requerida en concreto por la aseguradora, y que movieron a asegurar, cuando la declaración exacta hubiera llevado a no contratar o a hacerlo en otras condiciones, de restricción del objeto de cobertura, o de mayor precio.

(i) Ciertamente, el contrato de seguro es un contrato aleatorio configurado sobre la consideración de un riesgo que debe ser exactamente valorado por el asegurador mediante la información suministrada por el asegurado, pero no puede reputarse quebrada la aleatoriedad esencial en la póliza de seguro del caso por la preexistencia de la enfermedad cuyo tratamiento quirúrgico en 1996 solo es remota e indirecta causa, al proporcionar la ocasión de la re-intervención en 2015, de las dolencias que consuman la incapacidad del demandante.

Está desterrada una patología determinante de la situación del actor en agosto de 2016, no declarada por conducta dolosa, desde el concepto de los arts. 1.269 y 1.270 CCiv.

Y no puede haber dolo o culpa grave con la finalidad directa (dolo directo), con la previsión indiferente (dolo eventual), o con la máxima violación del deber de cuidado (imprudencia lata), de parte _____, por cuanto no manifestara en mayo de 2001 una insuficiencia renal crónica, que no se ha acreditado estuviera diagnosticada, o un tratamiento médico del tumor maligno óseo, que igualmente no se demuestra entre 1997 y 2015, sin que pueda hablarse de una manifestación contractual gravemente culpable o dolosa con efectos dirimentes del contrato.

El dolo o culpa grave para ser apreciado tiene que encerrar una reticencia en la omisión de hechos, influyente y determinante para la conclusión del contrato (SSTS de 26 de julio de 2002 y 11 de mayo de 2007). No basta calificar la conducta del declarante como de buena o mala fe, sino, además, atender si la misma viene a frustrar la finalidad del contrato para su contraparte, al proporcionarle datos inexactos o manifestar una actitud de reserva

mental que le lleve a celebrar un contrato que no hubiera concertado en las mismas condiciones, de haber conocido la situación real del riesgo, distinta de la declarada.

El riesgo de invalidez permanente absoluta que debe ser exactamente valorado por el asegurador mediante la información suministrada por el asegurado, pero al contratar, en mayo de 2001, no puede reputarse quebrada la aleatoriedad esencial en la póliza de seguro por la preexistencia de una intervención quirúrgica en agosto de 1996, de la cual estaba curado , y que únicamente le había deparado una leve cojera.

(ii) De conformidad con la regulación específica de art. 10 LCS, la jurisprudencia, impone al contratante el deber de declarar con la máxima buena fe todas las circunstancias que delimitan el riesgo -en el caso de seguros de vida, sobre su estado de salud-, por ser datos trascendentales, es decir, que pueden resultar influyentes a la hora de concertar el seguro, de lo que se deriva un carácter impropio (entre las clásicas, SSTS 6 de abril y 31 de diciembre de 2001, 26 de julio de 2002 y 31 de diciembre de 2003).

No es un deber de declaración propio, de una obligación de “autodenunciarse”, 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.

Para aplicar las sanciones de art. 10 pfo.2º LCS, es requisito ineludible que el asegurado sea sometido a un cuestionario previo en el que deba declarar sobre las circunstancias relativas al riesgo. Es decir, que la omisión consciente y voluntaria de la declaración de circunstancias que puedan influir en la valoración del riesgo no entra, por sí sola, esto es, sin la correspondiente actividad inquisitiva del asegurador, sin el cual no puede haber declaración inexacta y, por tanto, mal puede entenderse concurrente el dolo civil. Así, el tomador queda exonerado del deber de declaración del riesgo *“si el asegurador no le somete cuestionario o cuando, aun sometiéndoselo, se trate de circunstancias que puedan influir en la valoración del riesgo y que no estén comprendidas en él”*.

El asegurador es el que tiene más conocimiento de la relevancia de los hechos para la adecuada valoración del riesgo, y por ello se le asigna confeccionar el presupuesto del deber de declaración del tomador, preguntando aquellos datos que estime oportunos. La doctrina judicial que niega relevancia definitiva a la mendacidad o inexactitud en el cuestionario siempre se ha referido a la reducción al mismo del deber de declaración del riesgo, en el sentido de que las preguntas fueran ambiguas, confusas o genéricas en exceso, o bien de que las respuestas no hayan sido puestas personalmente por el tomador/asegurado, sino por un tercero, agente intermediario o la propia compañía de seguros (entre las clásicas, SSTS de 31 de mayo de 1997, reiterada en las SSTS de 6 de abril de 2001, 31 de diciembre de 2003, 4 de abril de 2007, 3 de junio de 2008, 2 y 4 de diciembre de 2014).

Con ello se ha acotado el deber de declarar, en beneficio del asegurado, haciendo compatible el derecho del asegurador de obtener la información que considera necesaria, mediante la redacción de un cuestionario tan amplio como considere oportuno, con la protección del asegurado frente a posibles problemas derivados del incumplimiento de ese deber de declarar.

En definitiva, este deber de declaración, limitado a la contestación del cuestionario que le somete el asegurador, se infringe, si del conjunto de las contestaciones ofrecidas por el tomador del seguro se desprende una realidad objetivamente distinta de la real.

De las cuatro preguntas impresas y respondidas con un “No”, conforme a los hechos probados, dos son precisas, en el sentido de una delimitación concreta, “¿Padece o ha padecido en el transcurso de los últimos cinco años alguna enfermedad o accidente grave?”, y “¿Sigue actualmente algún tratamiento médico, o lo ha seguido durante los dos últimos

años?”. Al contestar el actor, no hay un *non adimpleti* genético de la póliza, puesto que la enfermedad grave diagnosticada en 1994, fue tratada quirúrgicamente en 1995, hacía más de cinco años, y había curado; y no se hallaba en tratamiento médico, no en 1999 o 2000, cuando únicamente había pasado controles, los dos últimos de seis, de Rx y analítica. El interrogante postrero “¿Padece o ha padecido alguna invalidez?” sólo tiene sentido si se refiere a un grado inferior al que se hacía objeto de aseguramiento, y en efecto, en 2001 no padecía

ninguna invalidez, como todos estamos de acuerdo. Y la pregunta primera, “¿Tiene en la actualidad algún problema de salud?” resulta rigurosamente genérica, de la mayor inconcreción, la clásica indagación predispuesta en un seguro de vida que ninguna persona de 45 años puede responder negativamente sin que retrospectivamente -y en el asunto la retrospectiva se marca quince años más tarde- quepa su censura de algún modo. ¿Qué no es en absoluto un problema salud?. El problema de salud que representaba tener una prótesis de cadera con aloinjerto no estaba, por lo demás, al alcance de la autoevaluación

. La hemipelvis derecha protésica no es eterna, pero sí duradera, y entonces no originaba molestias, como no es tampoco eterna la vida humana, y siempre problemática.

Así las cosas, no es pensable que quien solicita un seguro de vida e invalidez permanente tenga que presuponer que únicamente se contratará si se encuentra en óptimo estado de salud, como parece que sostiene la demandada, sino que es razonable estimar que se concertará siempre que, aun existiendo un riesgo especial de salud, se conozca definidamente por el asegurado y se declare y/o no determine los siniestros de incapacidad y muerte.

En el supuesto de autos, no ha habido, pues, pregunta suficientemente clara y precisa que se haya responde contrariando los hechos personalmente por

La póliza contiene su *aleas*, y no hay dolo culpa grave en cuanto a la no declaración de preexistencia de una enfermedad, pero además, tampoco se infringe del deber de veracidad en concreto del cuestionario, y de aquí no puede autorizarse a Kutxabank Vida a denegar la cobertura.

(iii) El cuestionario es el que determina los límites y el contenido de la declaración de salud del tomador, de tal manera que si el asegurador no hace las preguntas oportunas conducentes a que pueda concretarse la entidad y circunstancias del riesgo, es él quien ha de soportar las consecuencias y no el tomador. Ha de tenerse en cuenta, que no es el caso de autos, en el esquema de art. 10 pfo.2º LCS, de rescisión del contrato por el asegurador, ni de reducción de la prestación, sino del pfo. 3º *in fine*, sino que la liberación del pago de la prestación solamente se produce, “*si medió dolo o culpa grave del tomador del seguro*”.

En autos no aparece que el contrato de seguro se haya rescindido (parecería más una resolución por consecuencia de una infracción precontractual), sino que el asegurador se considera liberado del pago de la indemnización reclamada por invalidez permanente absoluta, y anula de la póliza esta contingencia. Esto elude examinar si le cabía rescindir, puesto que unas alegaciones como las que son objeto de la defensa de Kutxabank Vida no se proyectan sobre una reducción de prestaciones sino sobre nulidad parcial del contrato.

Pues bien, lo único que podría haber autorizado a Kutxabank Vida para retirar de modo unilateral la garantía de invalidez permanente del contrato, como hizo en septiembre de 2016, no se asienta en ninguna mendacidad de la declaración de salud, y excluye la consideración dolosa de parte del asegurado.

Por otra parte, no se ha alegado una modificación del riesgo no comunicada, inexigible cuando no hay conducta dolosa, y por añadidura, no hay una relación causal entre la invalidez permanente absoluta y el episodio que desemboca en la intervención quirúrgica de octubre de 2015.

Y en fin, el concreto estado de salud final del demandante no se causaliza adecuadamente con ninguna afección previa, puesto que procede de unas complicaciones morbosas de la intervención quirúrgica de octubre de 2015, de sustitución de la prótesis de cadera, que si no se hubieran producido -para desdicha del afectado, y actualización del riesgo protegido por el contrato de seguro-, eliminarían pretensión por invalidez permanente absoluta.

TERCERO.- Aunque parecería que no haberse producido el siniestro garantizado, la invalidez permanente absoluta en las condiciones generales de la póliza, alegación de la contestación coherente con el segundo orden de cuestiones de hecho que se ha mencionado en la valoración probatoria, pudiera haberse tratado con prioridad.

Se trata después, puesto que se alegaba también la nulidad de la póliza, lo cual ha sido examinado previamente, y puesto que no contestó Kutxabank Vida a la reclamación del actor sobre la falta actualización del riesgo contractual, lo cual no debe considerarse irrelevante, al menguar la capacidad de defensa del asegurado desairado en su pretensión de recibir el capital asegurado.

Presupuesto que el contrato es válido y eficaz, sin reticencia relevante del actor en la declaración de salud, la resistencia “sorpresa” de la entidad demandada consiste en la falta de una resolución de la Seguridad Social (en realidad, la base de la resolución administrativa, el dictamen de la CEI) que califique la minusvalía del actor de incapacidad permanente absoluta. Por consiguiente, se niega la cobertura por no haberse producido el siniestro garantizado en las condiciones generales de la póliza, y no por estar la garantía excluida por una cláusula limitativa específicamente pactada.

La definición contractual del riesgo es la siguiente: *“Se entiende por Invalidez Absoluta y Permanente, en los supuestos en que intervenga la Seguridad Social, aquéllos así declarados por la Comisión de Evaluación de Incapacidades, y en los demás supuestos, aquella lesión física irreversible ajena a la voluntad del asegurado comprobada médicamente, siempre que tal invalidez le impida realizar trabajo alguno”*.

La demandada sostiene que, en un caso como el presente, en que el demandante no ha visto reconocido su grado de incapacidad permanente absoluta por la Seguridad Social, aunque pertenecía al Régimen General del Sistema, no estamos en uno de los dos términos de la definición, que es disyuntiva: supuesto de intervención de la Seguridad Social (frente a otros supuestos).

Y la inteligencia llana de la definición de la invalidez permanente absoluta del contrato de seguro indica que hay una descripción autónoma y otra descripción para *“los supuestos en que intervenga la Seguridad Social”*, la primera, que es la descrita en segundo lugar en la póliza, para cuando no interviene, y la segunda, descrita en primer lugar, que se identifica con la declaración de la que antes se decía CEI y ahora EVI.

Textual y teleológicamente ha de coincidirse con la demandada en que la definición contractual es disyuntiva y no cumulativa, de tal manera que, si interviene el sistema de Seguridad Social en un procedimiento de invalidez permanente se excluye el concepto autónomo.

Ahora bien, en el caso no ha habido intervención de la Seguridad Social al respecto de una incapacidad permanente (en realidad, tampoco de una temporal previa), por lo que juega el concepto autónomo. No cabe entender que la intervención del INSS es la que debiera haber sido por la pertenencia al RGSS del interesado o lo que suele acontecer normalmente, esto es, una incapacidad temporal y un procedimiento de incapacidad

permanente ulterior. La cuestión es histórica: si ha intervenido la Seguridad Social no cabe más que la situación determinada en el ámbito prestacional de la entidad gestora, para que exista invalidez permanente absoluta. Si no ha intervenido, tal existencia procederá de una determinación médica exenta, siempre que aparezca el impedimento para realizar cualquier trabajo.

Aparte de quien no pertenece al Sistema, quien está de alta en un régimen de la Seguridad Social puede encontrarse en una situación económica de cara a las prestaciones que no le aconseje la solicitud de la pensión de invalidez permanente, por cuestiones de carencia o de base reguladora, si no necesita trabajar, y una vez que consigue la jubilación, aunque sea con coeficiente reductor por edad, aquella pensión no va a mejorar sus ingresos, y desde la contingencia por edad no hay viabilidad para procurar la protección de la contingencia por incapacidad permanente.

La falta de un concepto autónomo ante la disyuntiva de un procedimiento de Seguridad Social es una estipulación que está introducida en el mundo del seguro de salud y vida por impulso de la jurisprudencia que venía rechazando definiciones al margen de los órganos de la entidad gestora en las pólizas para supuestos de trabajadores en el sistema de Seguridad Social.

Para que la tesis de Kutxabank Vida fuera de aplicación, las condiciones generales de la póliza debieran haber indicado que los supuestos en que intervenga la Seguridad Social son aquellos en que debiera intervenir, que no es lo mismo. Esto es, que cuando el asegurado fuera trabajador o funcionario afiliado el concepto necesariamente debiera proceder del procedimiento de Seguridad Social. Lo cual, de todas formas, promocionaría el problema interpretativo derivado, de fijar cuándo debiera intervenir la Seguridad Social, lo cual no es posible en trabajadores jubilados. Mantener que hay una perfecta dicotomía de definición contractual que excluye siempre a los que han sido trabajadores del Sistema y no han tramitado la prestación, solo provendría de una redacción ambigua, para la cual merece opinar una hermeneusis *contra proferentem*.

Siendo ello así, la garantía se despliega para quien tiene una invalidez permanente absoluta, en el sentido de inhabilidad para desenvolver cualquier tipo de trabajo, sin más, como ocurre con el demandante. Si aceptamos que en el caso del [redacted], jubilado o prejubilado sin incapacidad laboral precedente, el riesgo protegido pertenece a una definición autónoma de la póliza, en la relación judicial de hechos se ha consignado la involuntariedad e irreversibilidad médica de padecimientos inhabilitantes, y además, el reconocimiento del grado, que incluso el perito de designación judicial, Adolfo Herrero, consideró que superaba la absoluta, en el sentido de que no le es dable una ocupación estable y digna de remuneración en el mercado.

En consecuencia, como la póliza es un contrato de seguro válido en que no se infringió el deber de declaración de salud por el asegurado, y se produce un supuesto de incapacidad permanente absoluta, que constituye uno de los riesgos garantizados por la póliza del caso, debió ser objeto de cobertura por el contrato de seguro de vida en agosto de 2016, cuando se rechazó.

CUARTO.- La doctrina jurisprudencial consolidada es que el art. 20 LCS resulta aplicable cuando no se discute la cuantía de la indemnización pretendida, sino cuando la cuantía indemnizatoria, indiscutida, tiene como base una causa que se alega no estar predeterminada con exactitud en cuanto a su origen, alcance y efectos, puesto que aducir la

necesidad de una previa determinación judicial a través de un proceso y la sentencia siempre depararía el ahorro del obligado, volviéndose al principio *in illiquidis non fit mora*.

En este caso, no se discute la existencia del seguro, ni la cantidad que debiera abonarse como prestación con base a aquél, pero tampoco se entiende justificado que se haya forzado por la entidad aseguradora el examen judicial, cuando conocía perfectamente el estado de salud del demandante cuando contrató y que la invalidez permanente absoluta y sus causas médicas no procedían de una resolución administrativa. La controversia, así, era soslayable en sede judicial, de lo que resulta que no hay auténtica causa injustificada para no indemnizar ex art. 20.8 LCS,

Por ello, la deuda de valor se liquida con devengo de los intereses de mora con arreglo a los tipos legales, básico y exacerbado, desde la fecha en que se reclamó formalmente la constancia de la invalidez permanente absoluta, en la misiva de 12 de agosto de 2016, ante la que se denegó por escrito injustamente la prestación garantizada.

QUINTO.- La parte actora ostenta derecho de reembolso de las costas procesales que causó por el principio cuasiobjetivo de vencimiento del art. 394.1 LEC para los declarativos de primera instancia, por la estimación plena de su pretensión.

VISTOS los preceptos y jurisprudencia citados, y demás de general y pertinente aplicación, en ejercicio de la potestad jurisdiccional, que emana de la soberanía popular,

FALLO

Estimando la demanda interpuesta por representado por la Procuradora de los Tribunales MATILDE ODRIOZOLA ALCÁNTARA, contra KUTXABANK VIDA Y PENSIONES S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS, representada por la Procuradora de los Tribunales SAIOA ETXABE AZKUE:

1.- Que la demandada indemnice al actor en la cantidad de cuarenta y ocho mil ochenta euros y noventa y siete céntimos (48.080,97 €).

2.- Que la demandada indemnice también al actor en lo que representen los intereses calculados sobre el indicado crédito desde el 12 de agosto de 2016 al tipo del interés legal del dinero incrementado en un cincuenta por ciento, hasta el definitivo pago, siendo el tipo del veinte por ciento anual si se pagara después del 12 de agosto de 2018.

3.- Que la demandada reembolse todas las costas procesales.

MODO DE IMPUGNACIÓN: mediante recurso de **APELACIÓN** ante la Audiencia Provincial de GIPUZKOA (artículo 455 LEC). El recurso se interpondrá por medio de escrito presentado en este Juzgado en el plazo de **VEINTE DÍAS** hábiles contados desde el día siguiente de la notificación, debiendo exponer las alegaciones en que se base la impugnación, además de citar la resolución apelada y los pronunciamientos impugnados (artículo 458.2 LEC).

Para interponer el recurso será necesaria la **constitución de un depósito** de 50 euros, sin cuyo requisito no será admitido a trámite. El depósito se constituirá consignando dicho importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones que este Juzgado tiene abierta en el Banco Santander con el número 0049 3569 92 0005001 274 concepto: 1833 0000 04 0394 17, indicando en el campo concepto del resguardo de ingreso que se trata de un “Recurso” código 02-Apelación. La consignación deberá ser acreditada al **interponer** el recurso (DA 15ª de la LOPJ).

Están exentos de constituir el depósito para recurrir los incluidos en el apartado 5 de la disposición citada y quienes tengan reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita.

Así por esta sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.