



Boletín Informativo

SECCIÓN ESPAÑOLA

Edita: Secretaría General de la Sección Española de AIDA
C/ Sagasta, 18 - 2º Izqda. 28004 MADRID. Depósito Legal M-15219-93
Tlfs. (91) 594 30 88 - 594 31 50 - Fax (91) 594 33 53 - E-mail: scaida@terra.es

BOLETIN Nº 83. ABRIL 2003

EL INCENDIO PROVOCADO Y SU TRATAMIENTO POR EL SECTOR ASEGURADOR

El seguro de daños se está viendo afectado de forma creciente por las consecuencias negativas de los incendios provocados. Son muy pocos los siniestros cuya causa o intensidad deriva de circunstancias absolutamente imprevistas; la mayoría podían haber sido evitados o reducidos. Aunque las estadísticas sobre incendios en general y las de incendios provocados, en particular son incompletas, en casi todos los países se ha demostrado que el coste de los incendios provocados representa entre el 30% y el 50% del coste total de los incendios; en lo que se refiere estrictamente al mercado asegurador, se estima que los aseguradores dedican entre una tercera y una cuarta parte del total de indemnizaciones por incendio a cubrir las pérdidas originadas por los incendios provocados. Del análisis de diferentes siniestros de grandes dimensiones se deduce la gran exposición a este tipo de riesgos que existe en cualquier país del mundo.

Los días 24 y 25 de abril ha tenido lugar, en el Hotel Castellana Intercontinental de Madrid el **I FORO SOBRE EL INCENDIO PROVOCADO Y SU TRATAMIENTO POR EL SECTOR ASEGURADOR**, organizado por la Sección Española de la Asociación Internacional de Derecho de Seguros (SEAIDA), con el patrocinio de **Münchener Rück, Sucursal España y Portugal**. El Foro, moderado por Joaquín Alarcón, Secretario General de SEAIDA y Director de Münchener Rück, Sucursal España y Portugal, contó con la presencia de expertos investigadores, jurídicos y aseguradores que ahondaron, desde sus respectivas posiciones, en el fenómeno de los incendios provocados, con especial incidencia en aquellos cuyo propósito es defraudatorio, así como en las técnicas de prevención y prueba, tanto desde la perspectiva técnica como jurídica, en las que se pueden basar los aseguradores para dar solución a este problema.

1. PREVENCIÓN TÉCNICA Y ASEGURADORA EN MATERIA DE INCENDIOS PROVOCADOS

La lucha contra el fraude, -como expuso *Miguel Ángel Saldaña, Director General de Cepreven-*, debe iniciarse en la prevención. En este punto, la importancia de las acciones

conjuntas de prevención en materia de lucha contra el arsonismo debe basarse en diversas perspectivas: legales, organizativas intersectoriales, técnicas, sociales y divulgativas. La experiencia nos muestra la necesidad de métodos de investigación eficientes, la exigencia de mayor responsabilidad de los investigadores oficiales y la necesidad de cooperación entre estos cuerpos y las entidades aseguradoras.

A la hora de plantear la prevención contra incendios, el incendio provocado es otra causa de iniciación, que se debe añadir a las comúnmente conocidas. Para evaluar este riesgo debe tenerse en cuenta tanto la posibilidad de ataque desde el exterior por intrusos como el ataque desde el interior por los empleados, teniendo presente que sin las adecuadas medidas de prevención el riesgo puede agravarse notablemente, pues, en general, el incendio provocado se caracteriza por la existencia de varios focos iniciales, uso de acelerantes, etc. Sin embargo, un programa de medidas preventivas de seguridad adecuado puede frustrar la acción del provocador del incendio, minimizando los daños.

Desde la perspectiva del seguro, como indicaron *José Antonio Gallego, Jorge Sánchez y Elkin Hundt*, de Münchener Rück, el primer análisis de la posibilidad de la ocurrencia de un siniestro provocado deben realizarlo los aseguradores en la fase de suscripción, tanto en el tiempo previo a la contratación de la póliza como durante la vigencia de la misma. El enjuiciamiento del grado de riesgo objetivo y subjetivo que presenta una empresa a asegurar o ya asegurada, junto con la introducción de las correspondientes medidas de prevención, tanto internas como externas, son elementos imprescindibles en una buena práctica de gerencia de riesgos. Las primas son otro factor a tener en cuenta: para fijar las mismas se debería tener siempre presente el grado de exposición, y el resultado de la evaluación de las medidas de protección frente a la seguridad interna y externa, condicionando la aceptación de determinados riesgos a la modificación de las condiciones estándar o a la introducción de determinadas cautelas o reservas como franquicias, cobertura a plazo hasta que se introduzcan las medidas de protección o incluso rechazar el riesgo.

Para el análisis del riesgo subjetivo, los aseguradores disponen de las informaciones incluidas en la solicitud y en la proposición, así como, sobre todo, de los informes de inspección del riesgo, que provienen de las visitas a las instalaciones aseguradas que deben realizarse periódicamente y del contenido de los informes económicos de las industrias que aseguran. Con todos estos documentos los suscriptores especializados de las compañías aseguradoras evaluarán las informaciones, debiendo ser capaces de detectar los puntos negativos, y tomarán la decisión de aceptar o rechazar el seguro.

Ante la sospecha de posible fraude, el asegurador puede reaccionar utilizando las condiciones particulares que forman parte de la póliza, limitando la diferencia entre el valor de nuevo y el valor de viejo de los edificios a un determinado porcentaje del valor de nuevo; no indemnizando la mencionada diferencia entre el valor de nuevo y el valor real, si el edificio objeto del seguro no es reconstruido; rechazando valoraciones a nuevo para determinadas maquinarias en función de su vida útil, solicitando en todos los casos la presentación de una valoración a nuevo realizada por una firma independiente; aplicando deducibles en caso de siniestro, corresponsabilizando al asegurado en un porcentaje de la indemnización (el asegurado se convierte en propio asegurador); estableciendo sublímites máximos asegurados para determinadas garantías y no otorgando cobertura para algunas garantías.

También de gran importancia es la elaboración de un adecuado cuestionario que le permita obtener todos los datos precisos para una correcta apreciación del riesgo, pues el asegurado está obligado únicamente a cumplimentar el cuestionario que le ha sido sometido por el asegurador y no a declarar todas las circunstancias sobre el riesgo por él conocidas. El cuestionario debe incidir en aspectos objetivos y subjetivos, tales como la actuación que ha tenido el asegurado en siniestros anteriores, la existencia de seguros previos y las causas de

la rescisión del contrato por otras compañías aseguradoras, ya sea por elevada siniestralidad, etc., así como en otros datos relacionados directamente con el estado financiero de la empresa.

2. CUERPOS PUBLICOS Y PERITOS PRIVADOS EN LA INVESTIGACIÓN DEL INCENDIO PROVOCADO

Una vez causado el incendio, entra en juego el papel de las Cuerpos de Seguridad. En este punto, *José Manuel Coloma Garrido, Químico del Laboratorio de la Comisaría General de Policía Científica y Juan Antonio Rodríguez San Román, Inspector Jefe del Grupo de Incendios de la Comisaría General de Policía Científica*, explicaron cómo la investigación de incendios se ha incorporado ya como una nueva ciencia dentro de las labores de los Cuerpos Policiales. Su desarrollo ha propiciado la utilización de una metodología específica por parte de la policía científica y de unas técnicas especializadas a la hora de investigar la causa de los incendios.

Ocurrido el siniestro, los aseguradores deben disponer de tramitadores de siniestros lo suficientemente expertos como para sospechar inmediatamente que puede haberse producido un siniestro provocado sólo con recibir las primeras informaciones del mismo, utilizando, si fuera preciso, los servicios de expertos profesionales. Como expuso *José Villalba, Presidente de la Asociación Profesional de Peritos de Seguros y Comisarios de Averías*, el informe pericial se perfila como una pieza clave cuando se tienen que aportar documentos justificantes de que el incendio es atribuible a dolo o culpa grave del asegurado, si bien la investigación destinada a conocer y demostrar quién es el causante del incendio es prerrogativa de la policía, peritos judiciales y el propio juzgado. En cualquier caso, el órgano judicial debe permitir que los técnicos de las partes afectadas puedan intervenir desde el principio en las diligencias técnicas, lo que proporciona a todos los investigadores la posibilidad de observar la situación en que ha quedado el lugar del siniestro inmediatamente después de ocurrido el incendio, conocer las pruebas obtenidas y consideradas necesarias para determinar la causa que lo ha originado, así como intercambiar opiniones e ideas con el resto de los investigadores, lo que enriquece la investigación.

Como regla general, las aseguradoras no deberían llegar a acuerdos amistosos con los presuntos defraudadores, aunque esta medida, en la práctica, pueda reducir la indemnización en los casos de difícil prueba, pues se favorece, de este modo, la defraudación. Sin embargo, hay que tener en cuenta las dificultades que para el asegurador tiene, en muchas ocasiones, la demostración de la culpa o negligencia grave del asegurado, aunque se pueda demostrar la existencia del incendio provocado.

3. EL DELITO DE INCENDIO EN EL VIGENTE CODIGO PENAL

La regulación del delito de incendio en el Código Penal de 1995 supone una innovación importante respecto al tratamiento legislativo anterior, formulándose actualmente los tipos penales de un modo preciso, pero más flexible, lo que ha eliminado algunas dificultades interpretativas, aunque haya hecho surgir otras. *Juan Jacinto García Pérez, Juez de lo Penal y Profesor Asociado de la Universidad de Salamanca*, entiende que es indicativa de este cambio la ubicación de este tipo de delitos en un capítulo independiente, dentro del Título XVII del Libro II, dedicado a los "delitos contra la seguridad colectiva". Esta sistematización nos da la clave respecto a cual va a ser el bien jurídico protegido, que no será ya el patrimonio sino el interés representado por la seguridad de las personas y por extensión, la integridad de los bienes y el medio ambiente.

En cuanto a su naturaleza existe una polémica doctrinal respecto de su consideración como delito de riesgo abstracto (que se consuma simplemente con la puesta en peligro del bien jurídico) o de riesgo concreto (en tanto se traduce sobre bienes determinados); la consecuencia práctica es importante puesto que en los delitos de riesgo abstracto no tiene que probarse la identidad concreta de los afectados, mientras que en el delito de riesgo concreto las exigencias probatorias son mayores.

Por su parte, la jurisprudencia de la Sala 2ª del T.S., de modo lineal y reiterado, en las últimas décadas, viene defendiendo una postura distinta a la antes expuesta, señalando que se trata de un "delito de riesgo abstracto, no de mera actividad, sino de resultado, ya que es el resultado de la acción – la producción del incendio- lo que la convierte en peligrosa..."; y, "por tanto, el tipo o figura legal protege tanto el patrimonio como la vida o integridad personal, ya se trate de personas concretas y determinadas o potenciales..". Ahora bien, debe quedar perfectamente claro que riesgo o peligro abstracto o potencial no significa ausencia o inexistencia de peligro, sino que no es necesario que el peligro creado sea próximo o inmediato, bastando con que sea mediato o derivable del hecho de la combustión de la cosa incendiada para el caso de que el fuego continúa en su propagación.

En cuanto a los componentes objetivo y subjetivo del delito se puede afirmar que la definición de este delito no se cñe tanto al hecho de que medie fuego en la conducta prohibida, o en el dato de que a resultas de ella se produzcan daños y deterioros, ni siquiera en la circunstancia objetiva del lugar o cosa incendiados, cuanto en la concurrencia del riesgo como requisito definidor del ataque al bien jurídico aludido, y eso sí, siempre que la producción del peligro o riesgo venga cubierta por el componente subjetivo del tipo, esto es, el dolo del autor. Ese dolo en esta figura delictiva implicará, al menos, el conocimiento y aceptación por parte del sujeto activo o agente de la producción del peligro creado con su acción incendiaria

La presencia del tipo penal específico de incendio en bienes propios (art. 357 CP) obedece a la finalidad de disuadir a los asegurados de incendios que pretenden quemar intencionadamente sus bienes con objeto de cobrar el seguro. El delito tipificado en el art. 357 del Código penal tiene las finalidades específicas de propósito de defraudar, defraudación efectiva, peligro de propagación o grave perjuicio ecológico. Este delito, explicó *Julián Sánchez Melgar, Magistrado de la Sala Segunda del Tribunal Supremo*, se consuma desde que se provoca el incendio con propósito de defraudar. No es posible la comisión imprudente en este caso, es más, incluso cabe una acción imprudente en el inicio del incendio, que puede convertirse en acción dolosa no tomando o dificultando las medidas necesarias para la extinción (comisión por omisión), en el caso, frecuente, de un siniestro iniciado fortuitamente que provoca en el asegurado la intencionalidad de cobrar el seguro simplemente no preocupándose de su extinción.

Otra peculiaridad de esta figura radica en la posible adición o concurso a la conducta básica (incendio) de otros comportamientos como el propósito defraudatorio (estafa), la creación de situación de riesgo en bienes ajenos y causación de graves daños al medio ambiente, así como el peligro para las personas. Es especialmente interesante desde la perspectiva del seguro su concurso con el delito de estafa cuando el incendiario en bienes propios dispone de un seguro de incendios y desea cobrar la correspondiente indemnización simulando un siniestro que ha provocado él mismo. El delito tipificado en el art. 357 del Código penal (incendio de bienes propios) tiene las finalidades específicas que acabamos de exponer (propósito de defraudar, defraudación efectiva, peligro de propagación o grave perjuicio ecológico), en comparación con el art. 351, que es el tipo básico de los delitos de incendio, y que supone la causación de un incendio que comporte peligro para la vida o la integridad física de las personas. El problema se plantea en los casos en que el incendiario de bienes propios no ha causado ese peligro para la vida o integridad de las personas, por lo que debe aplicarse el art. 357 del Código penal. Es decir, el legislador ha incluido en el tipo la estafa, en

grado de tentativa o en grado de consumación, luego no puede ser penalizada aparte. Con relación a una presunta falsedad documental (declaración falsa del siniestro con destino a la aseguradora), el ponente se decanta por entender que existe una relación de consunción con el propio delito al ser necesaria para obtener el resultado pretendido.

Ambos Magistrados coincidieron en que, en la mayoría de los casos, las dificultades más importantes son probatorias: en primer lugar habrá de comprobarse que el incendio no fue casual o fortuito, sino intencionadamente causado, y la segunda fase del proceso probatorio vendrá constituida por la autoría de los hechos. Este doble proceso probatorio debe presidir tanto la práctica de la instrucción sumarial como el desarrollo del plenario, sirviendo de orden lógico en la sentencia que ha de dictarse.

El incendio intencionadamente causado puede ser probado tanto por medios directos como indirectos o indiciarios. Ahora bien, lo corriente será la utilización de la prueba indirecta para lograr la convicción judicial de la autoría, la prueba indiciaria puede enervar la presunción de inocencia si se cumplen una serie de requisitos (pluralidad de indicios, acreditación de éstos mediante prueba de carácter directo, necesidad de que sean periféricos respecto del dato fáctico a probar, interrelación, racionalidad de la inferencia y expresión en la motivación de cómo se llegó a la inferencia). Es importante, por ello, tener en cuenta que la autoría del asegurado puede demostrarse de este modo, dado que, la especialidad de los hechos (libre acceso al lugar del asegurado, perfecto conocimiento del lugar, etc.) hace difícil la prueba directa.

4. TRATAMIENTO DEL INCENDIO PROVOCADO EN LA LEY DE CONTRATO DE SEGURO

El seguro de incendios constituye una de las modalidades más frecuentes del seguro de daños y el que cuenta con el porcentaje más alto de siniestros que proviene de causas internas, de iniciativas del asegurado o personas de su entorno. De ahí que primen los deberes de diligencia y prevención en el asegurado y de que, en función de los mismos y sus posibles alteraciones, se delimiten los supuestos de *dolo*, *culpa grave* o *menos grave* (artículo 48 de la LCS), de tanta importancia a efectos de inclusión o exclusión del hecho en la cobertura del seguro de incendios. Existen clases de incendios provocados que se incluyen en la cobertura del seguro; se trata de los incendios producidos por terceros distintos del asegurado (la denominada malquerencia de extraños), aunque existen pólizas que los excluyen en el caso de relación contractual entre el asegurado y el tercero o de incendios producidos por negligencia del asegurado o de las personas de quienes se responda civilmente. Por el contrario, se excluye de la cobertura del seguro de incendios el originado por dolo (incluyendo el dolo civil) o culpa grave del asegurado (o del tomador o beneficiario), supuesto este último que podría ser cubierto mediante pacto expreso, que es aconsejable se realice dentro del marco de la delimitación del riesgo asegurado. En cuanto al dolo o culpa grave de las personas dependientes del asegurado o por las que deba responder civilmente no excluye el incendio de la cobertura del seguro.

Francisco Soto Nieto, ex-Magistrado del Tribunal Supremo y Director del Foro, expuso además los aspectos procesales más relevantes en relación con esta modalidad de seguro. Lo más frecuente ante la existencia de un incendio de ciertas proporciones es la iniciación de unas diligencias penales. Por tanto, la resolución de una problemática civil puede venir condicionada por la respuesta previa de un órgano penal. De esta forma se produce la suspensión del proceso civil cuando existe una causa criminal en la que se investigan los hechos que fundamentan las pretensiones civiles. La nueva ordenación de la actual Ley procesal civil, en su artículo 40, exige para la suspensión del proceso civil por causa de

prejudicialidad penal la concurrencia de varias circunstancias, como son la acreditación de la existencia de una causa criminal en la que investiguen los hechos que fundamenten las pretensiones civiles, y que la decisión del Tribunal penal pueda tener influencia decisiva en la resolución sobre el asunto civil.

En el supuesto de absolución penal, el juez civil tiene total libertad para sentar sus propias conclusiones y llegar, en su caso, a la convicción de existencia de un ilícito civil, así como de un nexo de causalidad que justifique la responsabilidad civil, salvo que la sentencia absolutoria declare que no existió el hecho del que nacería la acción civil. Esto no se produce en el caso de sobreseimiento provisional de las diligencias penales cuando éste se deba a la inexistencia de indicios racionales de haberse perpetrado el hecho que hubiera dado motivo a la formación de la causa, puesto que un sobreseimiento no tiene las garantías de una sentencia dictada después de un juicio oral.

Finalmente *Fernando Sánchez Calero, Catedrático de Derecho Mercantil y Presidente de SEAIDA*, se centró en las posibilidades del asegurador de ejercitar una acción de recobro. El artículo 43 de la Ley de Contrato de Seguro otorga al asegurador un derecho de subrogación, que tiene su razón de ser cuando quien ha provocado el siniestro ha sido un tercero. El efecto esencial de la subrogación es la sustitución del asegurado por el asegurador en la titularidad del crédito, sin que los elementos objetivos de la relación jurídica sufran variación alguna. Esto supone que el asegurador puede oponer al tercero las mismas excepciones que hubiera opuesto el asegurado, siempre y cuando estas excepciones deriven de la relación con un carácter objetivo y no se tratase de otras de carácter puramente personal. Además, el asegurador gozará, una vez adquirido el crédito, de los mismos privilegios, garantías y derechos accesorios que gozaba el asegurado.

Como consecuencia de la subrogación, el asegurador adquiere el crédito del asegurado hasta el límite máximo de la cantidad abonada como indemnización. Esto hace que en los frecuentes casos en los que la indemnización pagada por el asegurador sea inferior al importe del daño real sufrido por el asegurado se producirá un supuesto de subrogación *parcial*. En tal hipótesis se plantea el problema de qué sucede cuando el tercero responsable no es lo suficientemente solvente como para dar satisfacción a ambos acreedores (asegurador y asegurado), según el art. 43, "el recobro obtenido se repartirá entre ambos en proporción a su respectivo interés". Pero, con independencia de esto, ha de estimarse válida la cláusula que establezca la preferencia del crédito del asegurado, por ser más beneficiosa para éste que la solución de la Ley. Este mismo criterio de reparto en proporción al respectivo interés se aplica al caso de cúmulo de seguros.

El asegurado tiene el deber de no perjudicar la subrogación del asegurador. Este deber del asegurado ha de referirse no sólo a la conservación del derecho de crédito frente al tercero una vez que se ha producido el daño, sino también a ciertos actos que puedan impedir el nacimiento del derecho de crédito. El régimen legal de la subrogación puede modificarse en la póliza, si bien hay que tener en cuenta que en los riesgos "masa" esta modificación siempre deberá ser favorable al asegurado. Entre las posibles modificaciones se encuentra la renuncia del asegurador a la acción de subrogación; esta posibilidad de renuncia tiene sus límites en el respecto al principio indemnizatorio o en el dolo del tercero.

Cuando al seguro de incendio va unido el de responsabilidad por daños causados a terceros es posible el ejercicio del derecho de repetición contra el asegurado derivado del art. 76 LCS.