

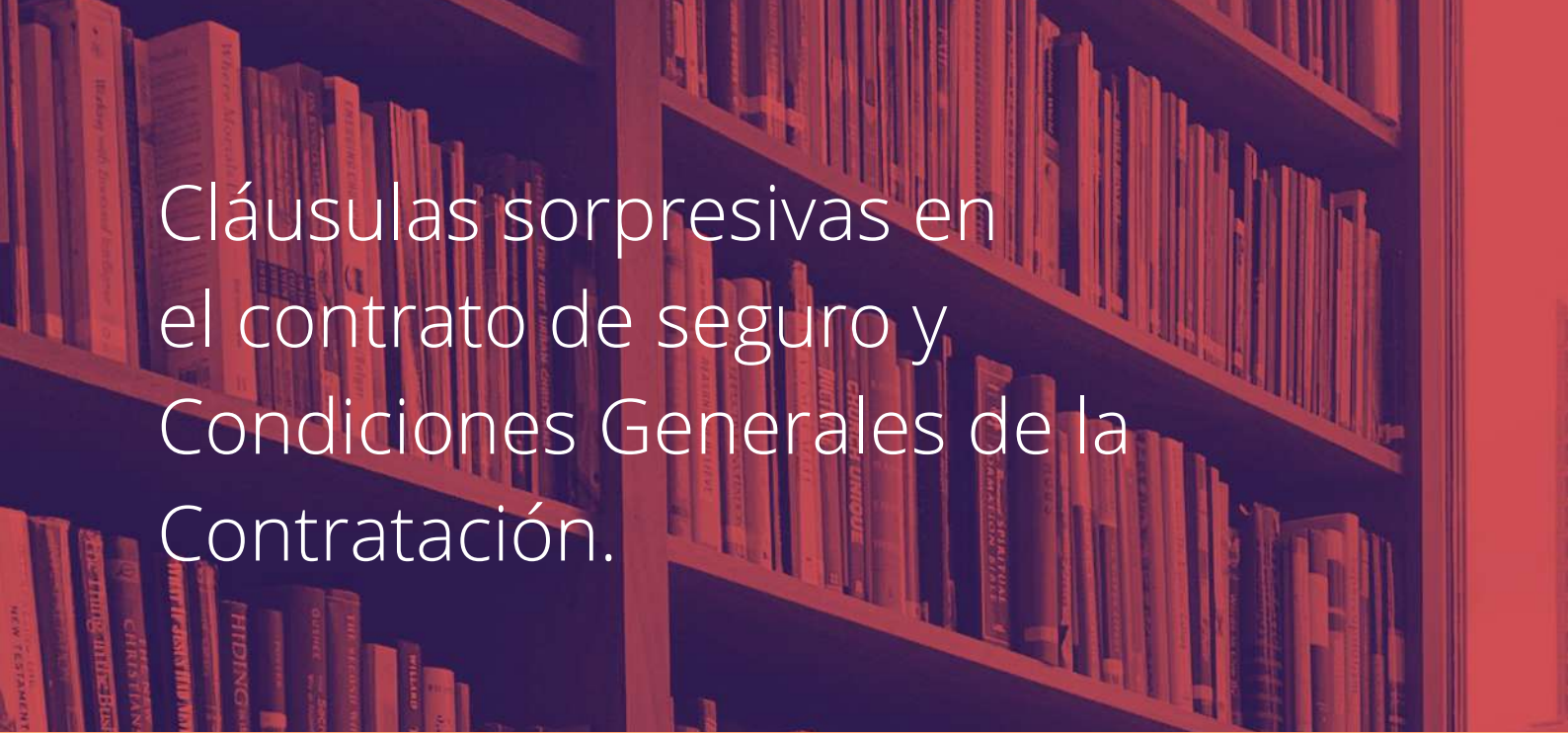


BASILEA
ABOGADOS

Cláusulas sorprendidas en el contrato de seguro y Condiciones Generales de la Contratación.

Basilea Abogados

Junio 2021



Cláusulas sorprendidas en el contrato de seguro y Condiciones Generales de la Contratación.

Vicente Rodrigo

Las cláusulas lesivas en el contrato de seguro son aquellas que o son contrarias a la ley o, sin serlo, gravan excesivamente la posición del asegurado dentro del contrato. La reciente Sentencia del Tribunal Supremo n.º 101/2021, de 24 de febrero ha declarado como lesiva la cláusula que limita a 600 euros la cobertura en los seguros de defensa jurídica, pues esta cláusula vacía de contenido la propia cobertura que por su naturaleza debería brindar la póliza.

Que resulta complicado efectuar una adecuada distinción es algo conocido por todos. El objeto de este artículo se centra en una tercera distinción que, superando la vieja dicotomía existente entre cláusulas limitativas y cláusulas delimitadoras, cada vez está más presente en la práctica judicial. Nos referimos a las cláusulas sorprendidas, y a cómo son susceptibles de ser controladas no sólo desde el viejo prisma del art. 3 LCS, sino también desde el de la Directiva 93/13/CE.

Las cláusulas sorpresivas son aquellas a las que, sin importar si se catalogan como delimitadoras o no, se les aplicará el régimen previsto en el art. 3 de la Ley de Contrato de Seguros (LCS) si su contenido se aparta de forma sorprendente del contenido natural del contrato.

I. Las cláusulas que delimitan el riesgo asegurado

Las cláusulas delimitadoras del riesgo carecen de una regulación legal propia, más allá de las menciones genéricas que encontramos en los arts. 8 y 100 de la LCS. La razón de esta ausencia de regulación expresa es que las cláusulas delimitadoras no están sometidas a las exigencias o formalidades legales a las que sí se enfrentan las cláusulas limitativas, como luego veremos.

Ha tenido que ser nuestro Tribunal Supremo quien haya ido conceptualizando la noción de cláusula delimitadora, y en la actualidad podemos afirmar que gozan de tal naturaleza *"aquellas que tienen por finalidad delimitar el objeto del contrato, de modo que concretan: (i) qué riesgos constituyen dicho objeto; (ii) en qué cuantía; (iii) durante qué plazo; y (iv) en que ámbito temporal o espacial"*. (STS n.º 661/2019, de 12 de diciembre).

II. Las cláusulas que limitan los derechos del asegurado

Es en el art. 3 LCS en donde encontramos, esta vez sí, la regulación legal de las cláusulas limitativas, y que deberán consignarse en el contrato de seguro de la siguiente forma: *"Se destacarán de modo especial las cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados, que deberán ser específicamente aceptadas por escrito"*.

De esta forma, el citado art. 3 LCS impone que las cláusulas limitativas cumplan con los siguientes requisitos:

a) Deben estar destacadas de forma especial.

Esta exigencia genera problemas prácticos pues la forma en que cada compañía destaca sus cláusulas dentro del condicionado general de sus pólizas es distinta en cada caso, debiendo acudir siempre al supuesto concreto. En los últimos años se viene imponiendo la idea de que las cláusulas limitativas

deben destacarse no sólo porque se escriban en negrita o de forma subrayada, sino porque deben separarse del resto del condicionado de la póliza. Esta ha sido, por ejemplo, la solución validada por la STS Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de febrero de 2017.

b) Debe estar específicamente firmada por el asegurado.

Se viene imponiendo la idea de la doble firma, de tal manera que tanto las condiciones generales como las particulares deben contar con la firma del asegurado. La STS de 2 de marzo de 2020 recuerda que no es admisible que las condiciones particulares se remitan a las cláusulas limitativas que aparezcan en las condiciones generales sin que tanto unas como otras estén debidamente firmadas.

Y más reciente aún es la STS de 22 de marzo de 2021, en la que resolviendo un supuesto de un seguro que incluía una cláusula donde se excluía cobertura cuando la lluvia superase los 40 litros por metro cuadrado. La Sala resuelve que estamos ante una cláusula limitativa pues cuando una cobertura es objetiva y razonablemente esperada por el asegurado, ya que la misma constituye la prestación natural de la modalidad de seguro concertado, es necesario que tal restricción cuente con la garantía adicional de conocimiento específico por parte del asegurado, y que salvaguarda el régimen previsto en el art. 3 LCS.

III. Las cláusulas sorpresivas para el asegurado

La noción de cláusula sorpresiva es un término que ha sido acuñado por la jurisprudencia actual, pues no aparece regulado en ningún texto normativo. Este concepto fue acuñado por el Profesor ALFARO en su tesis de 1989, cuando las Condiciones generales de la contratación se regulaban en el art. 10 de la LCU 1984, antes de la primera Ley LCGC del año 1998. Se contemplaba en la primera redacción de esta ley, pero finalmente su texto final no incorporó dicho término. Sería poco después, en el año 2010, cuando sí apareciera recogida en los principios Unidroit de contratos comerciales internacionales (art. 2.1.20).

Podemos definir las cláusulas sorpresivas como aquellas que delimitan el riesgo de forma contradictoria con las condiciones

particulares del contrato o de manera infrecuente o inusual.

Siempre resulta oportuno citar la STS n.º 715/2013, de 25 de noviembre, en la que nos recuerda que *“en la práctica, no siempre han sido pacíficos los perfiles que presentan las cláusulas delimitadoras del riesgo y las limitativas de los derechos del asegurado.”*

Las fronteras entre ambas no son claras, e incluso hay supuestos en que las cláusulas que delimitan sorprendentemente el riesgo se asimilan a las limitativas de los derechos del asegurado.”

En palabras de MIRANDA SERRANO L., cuando la compañía de seguros vaya a suscribir con su asegurado el contrato, deberá tener en cuenta las *“expectativas legítimas y razonables acerca del riesgo asegurado en función de la regulación legal y usual de ese tipo de contrato”*.

En caso de que se considere que nos encontramos ante una cláusula sorpresiva, la consecuencia será su declaración de nulidad, teniéndola por no puesta.

IV. La necesidad de un control especial de las cláusulas limitativas

El proceso de contratación en el ámbito asegurador, especialmente cuando de asegurados consumidores se trata, es un típico supuesto de formalización de un contrato no negociado. Los derechos y obligaciones derivados del contrato se recogen en largos y tediosos clausulados de los que la parte adherente habitualmente no tiene un claro conocimiento.

De esta forma, el consumidor no siempre sopesa ni presta la debida atención, por ejemplo, a cláusulas que regulan los límites cuantitativos o cualitativos del aseguramiento. Pero es importante destacar desde este momento que para que estas cláusulas sean válidas resulta casi irrelevante la información precontractual que la compañía le preste al potencial asegurado. Es decir, para su licitud la legislación las somete a un primer control, denominado de incorporación. Se trata de un control formal, en el que se exige es que el clausulado se haya entregado al consumidor, y que su redacción sea clara, de modo que se le permita su lectura tranquila y adecuada (arts. 5 y 7 de la LCGC y art. 80 TRLGDCU). Pero lo que no se exige es facilitar una mayor

información más detallada de este tipo de cláusulas a las que, por otra parte, el adherente no suele prestar mayor atención.

Es por esta razón por la que el control que realmente representa una protección para el consumidor respecto de las cláusulas predispuestas sea el segundo, el llamado control material o de abusividad, y que consiste en que la cláusula no suponga un desequilibrio de los derechos y obligaciones de las partes contrario a la buena fe y en perjuicio de la parte débil del contrato (arts. 82 y ss. TRLGDCU). Si así ocurriera, la cláusula será considerada nula por abusiva. Y esta nulidad no cambiaría aunque se hubiera explicado y resaltado en negrita. Seguiría siendo nula por abusiva. Este defecto que no se sortea por haber sido puesto de manifiesto, y cuyo control judicial se justifica por el especial procedimiento de formación del contrato, que es predeterminado e impuesto por una de las partes, sin la las partes -en especial el consumidor- haya tenido ocasión de expresar libremente su plena autonomía de voluntad.

V. La Directiva 93/13/CEE

Indicado lo anterior, debemos entender que a diferencia de las cláusulas accesorias, no existe en nuestro país, normativamente hablando, una regulación jurídica completa y clara acerca del control al que las cláusulas principales consideradas como condiciones generales de la contratación, ni desde el punto de vista de su configuración ni en cuanto a sus consecuencias jurídicas.

El único texto al que se puede acudir es al art. 4.2 Directiva 93/13/CEE, en el que se establece que *“la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá”* a aquellas que se recojan el bien o servicio y el precio o retribución *“siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible”*. A partir de este artículo la jurisprudencia ha desarrollado el control aplicable a las cláusulas no negociadas que definen el objeto principal del contrato y que finalmente ha venido a denominarse como control de transparencia material.

VI. Contrato de seguro como contrato de adhesión.

Establece el art. 1 LCGC que son condiciones generales de la contratación aquellas cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea

impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos.

Y añade que el hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una o varias cláusulas aisladas se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de esta Ley al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata de un contrato de adhesión.

A su vez, cuando el contratante sea consumidor, el art. 80 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (TRLGCU) utiliza la expresión «cláusulas no negociadas individualmente» en los contratos celebrados con consumidores. Y para conocer el significado de «cláusula no negociada individualmente», hemos de acudir a la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, cuyo art. 3.2 establece que se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente «cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en los contratos de adhesión».

Por su parte, la STS de 9 de mayo de 2013 establece que constituyen requisitos para que se trate de condiciones generales de la contratación los siguientes:

a) Contractualidad: se trata de "cláusulas contractuales" y su inserción en el contrato no deriva del acatamiento de una norma imperativa que imponga su inclusión.

b) Predisposición: la cláusula ha de estar preredactada, siendo irrelevante que lo haya sido por el propio empresario o por terceros, siendo su característica no ser fruto del consenso alcanzado después de una fase de tratos previos. En particular en el caso de los contratos de adhesión.

c) Imposición: su incorporación al contrato debe ser impuesta por una de las partes -aunque la norma no lo exige de forma expresa, dada su vocación de

de generalidad, debe ser impuesta por un empresario-, de tal forma que el bien o servicio sobre el que versa el contrato nada más puede obtenerse mediante el acatamiento a la inclusión en el mismo de la cláusula.

De otro lado, para que una cláusula contractual sea calificada como condición general de contratación resulta irrelevante: a) La autoría material, la apariencia externa, su extensión y cualesquiera otras circunstancias; y b) Que el adherente sea un profesional o un consumidor -la Exposición de Motivos LCGC indica en el preámbulo que *"la Ley pretende proteger los legítimos intereses de los consumidores y usuarios ,pero también de cualquiera que contrate con una persona que utilice condiciones generales en su actividad contractual"*, y que *"las condiciones generales de la contratación se pueden dar tanto en las relaciones de profesionales entre sí como de éstos con los consumidores"*.

VII. El objeto principal del contrato

Igualmente, la STS de 9 de mayo de 2013 reconoce como en nuestro sistema una condición general de la contratación puede referirse al objeto principal y, de hecho, para el empresario probablemente la mayor utilidad de las condiciones generales se halla precisamente en la definición de este. Cuestión distinta es determinar cuál es el grado de control que la ley articula cuando las condiciones generales se refieren a él. En este sentido, la sentencia 222/2015, de 29 de abril , indica: recuerda que la cláusula de un contrato celebrado con un consumidor regule un elemento esencial del contrato no obsta a que tenga la consideración legal de condición general de la contratación si concurren los requisitos para ello (contractualidad, predisposición, imposición y generalidad), ni la excluye del ámbito de aplicación de la Directiva 1993/93/CEE ni de las normas de Derecho interno que la transponen, como es el caso de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación y el TRLCU.

Esta cuestión fue ya resuelta en la STJUE de 10 de mayo de 2001 , asunto C- 144/99, caso "Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino de los Países Bajos". La legislación holandesa no permitía el control de contenido por falta de transparencia, ni la interpretación "contra proferentem" (que se prevén en los citados arts. 4.2 y 5 de la Directiva) de las

condiciones generales relativas a los elementos esenciales del contrato, porque el artículo 231 del libro VI del "Burgerlijk Wetboek" (Código Civil holandés) excluía del concepto de condiciones generales aquellas que tuvieran por objeto las "prestaciones esenciales", que por tanto estaban sometidas al régimen general de ineficacia contractual de los contratos por negociación. Pues bien, el Tribunal de Justicia, en la citada sentencia, entendió que Holanda había incumplido las obligaciones que le incumbían en virtud de la Directiva 93/13 /CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, al no haber adoptado las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para garantizar la adaptación completa del Derecho neerlandés no sólo al art. 5 de la Directiva (interpretación "contra proferentem"), sino también al artículo 4.2 de la citada Directiva (posibilidad de tal control de abusividad si hay una falta de transparencia en esas condiciones generales reguladoras de las prestaciones esenciales).

Igualmente, en la sentencia 166/2014, de 7 de abril, que reafirma la posibilidad de que una cláusula que recaea sobre el objeto principal del contrato no haya sido objeto de negociación individual. Para que pueda existir negociación individual, como mínimo, ambas partes habrán de tener capacidad de influir en la configuración del contrato, aunque ello no signifique que efectivamente se haya influido en la fijación de la cláusula. Desde esta perspectiva, la propia noción de negociación individual tiene difícil encaje en los contratos de consumo, en los que el consumidor no tiene capacidad para modificar el clausulado predispuesto que le ofrece el empresario.

De la misma forma la sentencia 222/2015, de 29 de abril señala que la negociación individual presupone la existencia de un poder de negociación en el consumidor, que tiene que ser suficientemente justificado por cuanto que se trata de un hecho excepcional, y no puede identificarse con que el consumidor pueda tener la opción de elegir entre diversos productos ofertados por ese predisponente, o entre los ofertados por los diversos empresarios o profesionales que compiten en el mercado. De no ser así, estaríamos confundiendo la ausencia de negociación con la existencia de una situación de monopolio en el oferente de

determinados productos o servicios, o de una única oferta en el predisponente, lo que ya fue rechazado en la sentencia núm. 241/2013, de 9 de mayo.

Por tanto, concluimos que el clausulado de una póliza de seguros, y en particular sus condiciones generales, es una condición general de la contratación. Además, son condiciones no negociadas individualmente y que por tanto han de reunirlos requisitos establecidos en el artículo 80 del TRLGDCU. Es decir, estamos ante cláusulas no negociadas individualmente, susceptibles de ser examinadas, para así poder determinar si se trata de una condiciones abusivas, en los términos y con los efectos del artículo 82 TRLGDCU, siempre que nos encontramos ante asegurados consumidores que hubieran procedieron a contratar la póliza con fines ajenos a sus respectivas actividades profesionales.

VIII. Carga de la prueba

Además de lo dispuesto en el artículo 217 LEC, en el presente caso es de aplicación lo dispuesto en el artículo 82.2 del Texto refundido de la ley de consumidores y usuarios, el cual expresamente atribuye la carga de la prueba de la negociación y transparencia al empresario que afirma que sí han existido, es decir, a la compañía aseguradora. Y así lo confirma el Tribunal Supremo en su sentencia de 9 de mayo de 2013 que establece que *"la carga de la prueba de que una cláusula prerredactada no está destinada a ser incluida en pluralidad de ofertas de contrato dirigidos por un empresario o profesional a los consumidores, recaea sobre el empresario"*.

IX. Control de transparencia

Que una cláusula supere el control de transparencia material significa que ha sido debidamente conocida y comprendida por el consumidor y que éste ha podido tomar la decisión de contratar teniéndola en cuenta en su valoración, si así lo ha querido. Esto implica, evidentemente, conocer su existencia pero también sus implicaciones para el contrato, es decir, para los derechos y obligaciones de cada una de las partes en el mismo. Es el "conocimiento real y razonablemente completo de qué papel juegan en el contrato", el conocimiento de la "carga jurídica y económica" de las cláusulas, al que se refirió el Tribunal Supremo en la sentencia de 9 de mayo de 2013, primera en la que, al hilo de las cláusulas suelo, se pronunció acerca de la necesidad y configuración del control de transparencia material.

Es de advertir que, no obstante, que el Tribunal Supremo ha dejado claro desde el principio que no existe una serie de parámetros concretos y tasados a cumplir que, siempre y automáticamente, conlleven la transparencia suficiente de una cláusula que define el objeto principal del contrato. Hay que estar a las circunstancias propias cuya acreditación, en su conjunto, ponga de relieve con claridad el cumplimiento o incumplimiento de la exigencia de transparencia y de un consumidor perfectamente informado (ATS 3 junio 2013 39 y STS 9 marzo 2017).

Resultará interesante comprobar la forma en que esta exigencia de tener que analizar, caso por caso, si concurren los requisitos de transparencia es sorteada por la próxima Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia, en la que se pretende instaurar la figura del "pleito testigo", precisamente con la finalidad de resolver estos procedimientos sobre condiciones generales de la contratación.

X. Conclusiones

Quiero concluir con una reflexión final. Y es que si bien esta amplia jurisprudencia que se viene desarrollando en los últimos años por parte de nuestro Tribunal Supremo (muy a menudo de forma forzada por la emanada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea), es cada vez más frecuente y tuitiva de los derechos de los consumidores, lo cierto es que a día de hoy seguimos sin encontrar apenas pronunciamiento judiciales que declaren la nulidad del clausulado, total o parcial, de una póliza por la vulneración de estas normas de transparencia. Al contrario, parece que nuestra Sala de Civil sigue instalada en la interpretación exclusiva del repetido art. 3 LCS, algo que pueda resultar un tanto anacrónico. Parece como si la transparencia se negara a entrar dentro de proceso de comercialización del mercado asegurador. Quizás deba ser de nuevo el TJUE quien abra esta puerta.

Contacto



Vicente Rodrigo Díaz

Socio - RC y Seguros

91 220 33 03

vrodrigo@basileaabogados.com

La presente publicación no constituye asesoramiento jurídico de sus autores. Para más información:

basileaabogados.com



BASILEA
ABOGADOS

Para cualquier duda, póngase en contacto con nosotros
Tel.: (+34) 91 220 33 03
info@basileaabogados.com

AENOR