

LAS CONDICIONES GENERALES DEL CONTRATO DE SEGURO Y LA PROTECCIÓN DEL ASEGURADO EN EL DERECHO ESPAÑOL

GENERAL CONDITIONS INSURANCE CONTRACT AND PROTECTION OF THE INSURED IN SPANISH LAW

Rev. boliv. de derecho n° 18, julio 2014, ISSN: 2070-8157, pp. 98-121



María Rosa
ISERN
SALVAT

ARTÍCULO RECIBIDO: 28 de diciembre de 2013
ARTÍCULO APROBADO: 14 de febrero de 2014

RESUMEN: Uno de los aspectos más destacados de la Ley de Contrato de Seguro es la protección del asegurado. Con este motivo dedica una especial atención a que el asegurado conozca la existencia y el contenido de las condiciones generales que regirán el contrato de seguro, que, en ningún caso, podrán ser lesivas para el asegurado. En este trabajo se estudia el régimen de dichas condiciones establecido en el artículo tercero de la Ley.

PALABRAS CLAVE: Contrato de seguro, condiciones generales, cláusulas abusivas, asegurado, tomador del seguro.

ABSTRACT: One of the highlights of the Insurance Contract Act is the protection of the insured. For this reason, it devotes special attention to make sure that the insured knows the existence and content of the general conditions governing the insurance contract, which by no means, may be harmful to the insured. This paper addresses the study the regulation of these clauses established in the third article of the Act.

KEYWORDS: Insurance contract, general conditions, unfair clauses, insured, policyholder.

SUMARIO: I. Introducción.- II. La regulación de las cláusulas contractuales en el seguro.- 1. La normativa aplicable.- 2. Las condiciones generales.- 3. Las condiciones particulares.- 4. Los requisitos para la incorporación de las condiciones al contrato.- 5. Reglas de interpretación de las condiciones generales y particulares presentes en el contrato.- III. El control del carácter lesivo de las condiciones del contrato.- 1. Las cláusulas lesivas en la Ley de Contrato de Seguro.- 2. Las cláusulas abusivas en la Ley de Condiciones Generales de la Contratación y en la normativa de defensa de los consumidores y usuarios.- 3. La apreciación del carácter abusivo de las condiciones particulares y de las cláusulas que afectan a elementos esenciales del contrato.- 4. Distinción entre el tomador consumidor o usuario y el tomador empresario o profesional frente a las cláusulas abusivas.- 5. Las cláusulas abusivas en Derecho comparado y en los Principios de Derecho Europeo del Contrato de Seguro.- IV. Distinción entre cláusulas delimitadoras del riesgo asegurado y cláusulas limitativas de los derechos del asegurado.- 1. Las cláusulas limitativas de los derechos del asegurado.- 2. Las cláusulas delimitadoras del riesgo asegurado.- 3. El criterio jurisprudencial sobre esta materia.

I. INTRODUCCIÓN

La economía moderna comporta la denominada contratación en masa mediante la incorporación al contrato de unos clausulados prerredactados de forma generalizada. De esta forma, las condiciones generales son un hecho consustancial a la economía de empresa vinculada a la idea de uniformidad y de economía de escala. En el ámbito del seguro la utilización de las cláusulas generales obedece a la propia técnica aseguradora, basada en proporcionar determinada cobertura a una colectividad de personas que desean proteger sus intereses frente a determinados riesgos.

En este sentido, las cláusulas generales permiten perfilar con precisión el contenido y el valor de las prestaciones, y, con ello, la previsión de los costes -que pueden verse disminuidos mediante la oferta de precios unitarios competitivos en beneficio de los consumidores-, a la vez que permiten adaptar la actividad aseguradora a las nuevas necesidades que plantea el mercado asegurador¹. De este modo, por razones de economía y de racionalización de la actividad empresarial, tales cláusulas son incorporadas con un contenido idéntico en cada uno de los contratos referidos a un mismo riesgo, sin la posibilidad de que el tomador del seguro pueda modificar su contenido.

1 Clavería Gosálbez, L. H. *Condiciones generales y cláusulas contractuales impuestas*. Barcelona (2008): Bosch, 12-15.

• **María Rosa Isern Salvat**

Profesora del área de Derecho Mercantil del Departamento de Derecho Privado, Procesal y Financiero de la Universitat Rovira i Virgili. Doctora en Derecho por la citada Universidad. Sus actividades de investigación se centran en el Derecho de seguros. Es autora de diversas publicaciones en revistas y obras colectivas y de la monografía "El derecho de subrogación en el seguro de transporte terrestre de mercancías por carretera" (2013).

Centrando el tema en la contratación de los seguros privados, debemos tener en cuenta que la manifestación de la voluntad del contratante debe prestarse en el marco de la libertad contractual. Esta libertad debe darse en dos sentidos; así, en la libertad para contratar y en la libertad para intervenir y decidir sobre el contenido del contrato, y, especialmente, en la redacción de aquellas cláusulas que establecen las prestaciones a que quedan obligadas ambas partes². Dicho lo que antecede, no hay duda de que frente a unas condiciones generales impuestas unilateralmente por el asegurador no puede hablarse de la existencia de una voluntad plena del tomador del seguro en la contratación, dado que carece de libertad de intervenir en la formulación del contenido del contrato³.

II. LA REGULACIÓN DE LAS CLÁUSULAS CONTRACTUALES EN EL SEGURO

I. La normativa aplicable

Es notorio que en la realidad el asegurado no tiene la oportunidad de negociar o de discutir el contenido de las cláusulas generales del contrato de seguro⁴. Por ello, surge la necesidad de regular la incorporación al contrato, no sólo de las cláusulas generales, sino también de las particulares. Del mismo modo, es preciso controlar que el contenido de las cláusulas no resulte lesivo para el asegurado, a quien, generalmente, debe considerarse como la parte débil del contrato.

A tal efecto se ocupa con carácter específico el art. 3 de la Ley de Contrato de Seguro de 1980⁵ (en adelante, LCS), que será el objeto de análisis de este trabajo⁶. Por otra parte, el Texto Refundido de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados de 2004⁷ (en adelante, TRLOS RP), determina en el art. 25 que el contenido de las pólizas deberá ajustarse a cuanto en ella se establece y a la LCS. En este sentido, regula supervisión y la vigilancia de la Administración sobre las

- 2 Vázquez de Castro, E. *Determinación del contrato: presupuestos y límites de la libertad contractual*. Valencia (2002): Tirant lo Blanch, 72-74, subraya que el principio de la libertad contractual comprende, por un lado, la libertad de decisión, es decir, la posibilidad de optar entre contratar o no hacerlo; y por otro lado, la libertad de configuración, que se traduce en la posibilidad de reflejar libremente en el contrato la voluntad de los contratantes para determinar el contenido de éste.
- 3 Rosillo Fairén, A. *La configuración del contrato de adhesión con consumidores*. Madrid (2010): Wolters Kluwer, 35-36, observa que no puede afirmarse que en estos casos no exista la libertad de contratar, o incluso de que el contrato no exista, porque efectivamente “en este caso se ha celebrado un contrato, aunque de carácter peculiar”.
- 4 Garrigues, J. *Contrato de seguro terrestre*. 2ª ed. Madrid (1982): Imprenta Aguirre, 8, pone de relieve que “las condiciones generales constituyen cláusulas del contrato, pero de una naturaleza *sui generis*, porque excluyen el derecho de discusión precontractual”.
- 5 Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro.
- 6 Desde hace unos años, se ha iniciado un proceso de reforma del régimen jurídico del contrato de seguro. Dicho proceso de reforma de la Ley de Contrato de Seguro de 1980 ha quedado subsumido en la Propuesta de Código Mercantil elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación, que se hizo pública el 20 de julio de 2013 y fue editada por la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia. En la Propuesta se introducen cambios significativos en el régimen de las condiciones del contrato de seguro.
- 7 Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados.

pólizas de seguro estableciendo que los modelos de las pólizas no estarán sujetos a autorización administrativa ni deberán ser objeto de remisión sistemática a la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones. A lo cual se añade que este organismo podrá requerir la presentación, siempre que lo entienda pertinente, de los modelos de las pólizas para controlar si respetan las disposiciones técnicas y sobre contrato de seguro, y, que podrá prohibir la utilización de las pólizas que no cumplan con lo establecido en la normativa indicada.

De forma supletoria, la Ley sobre las Condiciones Generales de la Contratación, de 1998⁸ (en adelante, LCGC), será aplicable a los contratos de seguro celebrados con todo tipo de adherentes, y el Texto Refundido de la Ley General para la defensa de Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, de 2007⁹ (en adelante, TRLGDCU), cuando el adherente en el contrato de seguro tenga la condición de consumidor conforme a la definición dada en el propio texto normativo.

2. Las cláusulas generales

La LCS significó un importante avance en la protección y tutela de los intereses de los asegurados. Con carácter pionero, reguló de forma sustantiva la contratación en el ámbito de los seguros privados mediante la predisposición por parte de los aseguradores de unas cláusulas generales que, sin posibilidad de ser discutidas por los asegurados, regirán los contratos que éstos suscriban¹⁰.

El art. 3 LCS se ocupa de establecer los requisitos de formulación e incorporación de las cláusulas generales y particulares en el contrato a fin de éste sea vinculante para el tomador o asegurado. De este artículo cabe destacar, en referencia a la protección del adherente, el interés de que éste conozca la existencia y el contenido de las condiciones generales, incluso en la fase previa a la contratación. A tal efecto, en su apartado primero determina que las condiciones generales deberán estar incluidas por el asegurador “en la proposición del seguro si la hubiere y necesariamente en la póliza de contrato o en un documento complementario, que se suscribirá por el asegurado y al que se entregará copia del mismo”. Es decir, se establece formalmente

8 Ley 7/1989, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación.

9 Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

10 El art. 3 LCS no define el significado de condiciones generales, cosa que sí hace el art. 1 LCGC al manifestar que son “las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, 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”. Por su parte, el art. 80 TRLGDCU utiliza la expresión “cláusulas no negociadas individualmente” en los contratos celebrados con consumidores. El concepto de cláusula no negociada individualmente lo encontramos en la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, determinando en el artículo 3 párrafo segundo, 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”.

un control de inclusión¹¹ de las condiciones generales con la finalidad de que puedan ser conocidas por el futuro tomador del seguro antes de la perfección del contrato.

El redactado del art. 3.1 LCS está inspirado en el *Codice Civile* italiano. Concretamente, el art. 1341 de esta norma disciplina las condiciones generales de los contratos estableciendo la regla de que cuando estas condiciones son predispuestas por uno de los contratante vinculan al adherente si en el momento de la conclusión del contrato éste las ha conocido o las ha debido conocer empleando una diligencia ordinaria. Del mismo modo, el § 305 del *Bürgerliches Gesetzbuch* alemán dispone que las condiciones generales de la contratación sólo formarán parte del contrato si el predisponente, en la conclusión del contrato, advierte de ellas expresamente a la otra parte, y, si la otra parte contractual está conforme con su validez¹². Esta misma línea es la que se siguió en el art. 5.1 LCGC al establecer que las condiciones generales pasarán a formar parte del contrato cuando su incorporación sea aceptada por el adherente, entendiendo que no ha habido aceptación de su incorporación cuando el predisponente no le haya informado expresamente acerca de su existencia y no le haya facilitado una copia de ellas.

En este sentido, la protección del tomador o asegurado se sustenta en la transparencia contractual, facilitándole la información sobre aquellas cláusulas generales que regirán el contrato. La pretensión de la LCS es que el asegurado tenga constancia por escrito de las condiciones generales, bien sea en la misma póliza o en un documento aparte que el asegurado deberá suscribir; y, al mismo tiempo, de que éste disponga de una copia del documento en cuestión.

A este respecto, y con la finalidad de procurar una efectiva protección del asegurado, consideramos que tanto las cláusulas generales como las particulares deberían incorporarse obligatoriamente por escrito siempre en la póliza, prescindiendo de la utilización a tal efecto de cualquier otro documento complementario a ésta. Si la póliza es el documento que en el que se redacta el contrato, entendemos que carece de sentido que en ella no consten las cláusulas que regirán la vida de dicho contrato. Por otro lado, el que dichas condiciones consten en un documento separado de la póliza puede representar una medida disuasoria para su lectura de manera que en la práctica el tomador se limite simplemente a estampar su firma en él sin haber tenido conocimiento efectivo de aquéllas.

Asimismo, no cabe duda de la importancia de que estas cláusulas ya estén incluidas, en su caso, en la proposición del seguro efectuada por el asegurador. En

11 Clavería Gosálbez, L. H. *Condiciones generales y cláusulas contractuales impuestas*, cit., 36, indica que el control de inclusión o incorporación “es el conjunto de medidas impuestas por la ley, encaminadas a posibilitar y facilitar el conocimiento, por el adherente, de la existencia, el contenido y el alcance de las cláusulas predispuestas y no negociadas”.

12 Traducción de Lamarca Marquès, A. (Dir.). *Código Civil alemán y Ley de introducción al Código Civil*. Madrid (2008): Marcial Pons, 88.

primer lugar, porque en esta fase previa de reflexión el conocimiento de dichas cláusulas permitirá al futuro tomador comparar entre productos y aseguradoras y podrá tomar una decisión más equilibrada sobre la conveniencia o no de contratar el seguro que se le propone. En segundo lugar, porque de conformidad con el art. 6.1 LCS la propuesta realizada por el asegurador vincula a éste por un plazo de quince días¹³, de manera que dicha vinculación sólo se verá materializada cuando el tomador manifieste su voluntad en el sentido de aceptar la propuesta, voluntad que en todo caso deberá expresarse desde el efectivo conocimiento de la existencia y el contenido de las condiciones generales a las que se va adherir.

3. Las cláusulas particulares

Junto con las condiciones generales, el art. 3 LCS también regula la incorporación de las cláusulas particulares al contrato. La función de estas últimas es individualizar el contrato, de forma que no están impresas con carácter general sino que se redactarán para cada caso en concreto “determinando las circunstancias que concurren en el contrato de que se trate (por ejemplo, límites del valor asegurado, personas que intervienen en la relación, descripción de los bienes sobre los que recae el interés asegurado, etc.”¹⁴). Por consiguiente, las condiciones particulares, a diferencia de las generales, cumplen la función de subjetivar el contrato adaptándolo a las peculiaridades y necesidades específicas del asegurado. De ahí que las condiciones particulares puedan ser redactadas de común acuerdo entre el tomador del seguro y el asegurador¹⁵.

No obstante, las condiciones particulares también pueden estar prerredactadas e impuestas por el asegurador, aunque no para la generalidad de los contratos, sino redactadas adaptándolas a cada caso en concreto. De esta forma, a diferencia de las condiciones generales, “lo que caracteriza a las condiciones particulares es que no han sido predisuestas con carácter general y no, simplemente, que no hayan sido predisuestas, es decir, que lo que falta en ellas es el elemento de la *uniformidad* o *generalidad* y no el de la *predisposición*”¹⁶. En este mismo sentido, se indica que en la práctica, del conjunto de condiciones particulares, una parte se corresponden con

13 El art. 6 LCS determina que la proposición de contrato, u oferta para concluir el contrato, realizada por el asegurador vinculará a éste por un plazo de quince días, mientras que la solicitud de seguro realizada por el futuro tomador carece de eficacia vinculante.

14 Sánchez Calero, F. “Artículo 3. Condiciones generales”, en Sánchez Calero, F. (dir.). *Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*. Cizur Menor (2010): Aranzadi, 111.

15 Díaz Alabart, S. “Comentario artículo 6. Reglas de interpretación”, en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (coord.). *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*. Cizur Menor (1999): Aranzadi, 295, manifiesta que, a diferencia de las condiciones generales, las condiciones particulares son aquellas que carecen de las notas de predisposición y generalidad; precisamente, son particulares por que no se redactan para ser incluidas sin modificaciones en una pluralidad de contratos.

16 Pagador López, J. *Condiciones generales y cláusulas contractuales predisuestas. La Ley de condiciones generales de la contratación*. Madrid (1999): Marcial Pons, 356.

las declaraciones que realiza el asegurado, pero otra parte de aquellas son cláusulas impuestas por el asegurador sin posibilidad de intervención del asegurado¹⁷.

Hemos de subrayar que, incomprensiblemente, la norma dispensa un trato distinto a las condiciones particulares, excluyéndolas del deber de su inclusión en la propuesta del contrato si la hubiera. En este punto no compartimos la decisión del legislador por las razones expuestas acerca de la necesaria incorporación de las cláusulas generales en la propuesta de seguro. En efecto, tanto las cláusulas particulares como las generales una vez incorporadas al contrato constituyen la *lex contractus* de obligado cumplimiento por las partes. Consecuentemente, si las primeras quedan fuera de la propuesta difícilmente podrá el tomador del seguro formarse una comprensión correcta acerca de a qué se está obligando en caso de manifestar su aceptación ya que no dispone de toda la información que precisa para ello. Por otro lado, si la oferta carece de las condiciones particulares surge la duda de cómo se concretará la vinculación del asegurador ante la aceptación del adherente. Es decir, en este caso se abre el interrogante acerca de cuál es la cobertura real que está garantizando el asegurador cuando su oferta "incompleta" es aceptada por el tomador dentro de los quince días de plazo estipulados por el art. 6 LCS.

4. Los requisitos para la incorporación de las condiciones al contrato

A efectos de su inclusión en el contrato, el art. 3 LCS disciplina unas reglas de interpretación comunes a las condiciones generales y particulares con la finalidad de hacerlas inteligibles y comprensibles para el contratante¹⁸. En este sentido, dispone que "las condiciones generales y particulares se redactarán de forma clara y precisa". El objeto de la norma es que el asegurado conozca y entienda el contenido de las condiciones que se incorporan al contrato. Se hace por ello necesario exigir que el lenguaje empleado sea el que se utiliza habitualmente en la generalidad de las relaciones sociales. Asimismo, que el redactado sea efectivamente legible, inteligible y comprensible para cualquier contratante no familiarizado con la idiosincrasia propia del ámbito asegurador. Ello significa que debería abandonarse el empleo excesivo de palabras técnicas sólo comprensibles para los expertos en la materia y pasar a la utilización de un lenguaje habitual y de fácil comprensión para la generalidad de los contratantes¹⁹.

17 Larraya Ruiz, L. J. "Las cláusulas limitativas de los Derechos de los Asegurados. Artículo 3.1 de la Ley 50/1980, de Contrato de Seguro". Elcano (2001): Aranzadi, 54-55, indica que las cláusulas particulares también pueden estar prerredactadas e impuestas para un cierto número de contratos que tienen las mismas características, pero no para la generalidad de contratos.

18 Del mismo modo, el art. 1006 del Código de comercio boliviano de 1977, tras la modificación introducida por el art. 58 de la Ley 1883 (promulgada el 25/06/1998) determina que "se entiende por póliza de seguro las Condiciones Generales, las Condiciones Particulares y los Anexos". Al mismo tiempo, se exige que su redacción se haga "en forma clara y fácilmente legible", debiéndose entregar el original de la póliza al asegurado.

19 A este respecto, Illescas Ortiz, R. "El lenguaje de las pólizas de seguro", en Verdera y Tuells, E (dir.). *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*. Madrid (1982): Colegio Universitario de Estudios Financieros, 360, señala que la imposibilidad de la sustitución de los términos técnicos haría necesaria la incorporación de "un glosario inteligible por el profano".

Ahora bien, la sencillez y claridad en los términos utilizados no basta para garantizar el efectivo conocimiento del contenido del clausulado. A ello debe de aunarse también la claridad del documento en que se disponen las cláusulas. Es preciso que éste se presente correctamente sistematizado, que sea breve, conciso y legible, en aras, precisamente, a favorecer su efectiva lectura y comprensión. En efecto, de poco serviría la utilización de términos que puedan ser en sí mismos inteligibles si el contratante encontrase frente a él un documento excesivamente largo y farragoso, escrito con letra pequeña o borrosa, con frases intrincadas y plagado de continuas remisiones a otras partes del contrato y a una variedad de normativa aplicable, que hiciera, en definitiva, totalmente incomprensible y rechazable su lectura.

El incumplimiento de la exigencia de redactar las cláusulas generales y particulares de forma clara y precisa trae como consecuencia su no inclusión en el contrato. Este mismo efecto es el que determina el art. 7 LCGC respecto a las condiciones generales que sean “ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles”. No obstante, este precepto añade como salvedad a la no incorporación, que tales cláusulas “hubieren sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a la normativa específica que discipline en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato”. La remisión a una norma específica nos traslada a las normas de transparencia del contrato de seguro y con ello al art. 3 LCS que exige de forma imperativa claridad y precisión en la redacción de sus cláusulas. Por lo tanto, en el ámbito del seguro no se incorporarán al contrato aquellas cláusulas que contravengan el requisito legal de transparencia, incluso si han sido expresamente aceptadas por el adherente.

Por lo que respecta a las cláusulas particulares, y teniendo en cuenta que pueden ser objeto de negociación por las partes que intervienen en el contrato, hay autores que estiman que habiendo sido especialmente negociadas pierden su carácter de predisuestas e impuestas por lo que deja de aplicarse la exigencia del art. 3 LCS de ser redactadas de forma clara y sencilla, “por muy compleja que resulte finalmente la cláusula”²⁰. Nuestra opinión al respecto es que la claridad y sencillez en el redactado también debe reivindicarse en las cláusulas particulares, inclusive cuando han estado especialmente redactadas. En primer lugar, porque el citado artículo no hace ninguna distinción en este punto. Por otro lado, debido a la particular complejidad del contrato de seguro, la finalidad de esta norma es mantener al contratante debidamente informado durante todo el proceso de la contratación, de ahí que la exigencia de una redacción clara y sencilla sea predicable para todo tipo de cláusulas que se incluyan en el contrato.

20 Pagador López, J. *Condiciones generales y cláusulas contractuales predisuestas. La Ley de condiciones generales de la contratación*, cit., 356.

Sin embargo, surge la duda respecto a la posibilidad de no incorporar al contrato una cláusula particular que ha sido especialmente negociada por el tomador pero que adolece de falta de claridad y sencillez en su redacción. El art. 3 LCS no dice nada al respecto. Por otro parte, la no incorporación de las cláusulas ambiguas, oscuras e incomprensibles señalada por el art. 7 b) LCGC sólo es aplicable a las cláusulas generales. De ahí que quepa deducir que la cláusula particularmente negociada no será excluida del contrato a pesar de no estar redactada con claridad. Ahora bien, en este caso, no obstante la cláusula haya sido negociada, si el asegurador la incorpora al contrato con una redacción poco clara o con términos confusos se aplicará el art. 1288 CC, que establece la regla *contra proferentem*. De conformidad con esta regla las dudas surgidas con motivo de la interpretación de la cláusula oscura han de ser resueltas a favor de la parte contratante que no provocó la oscuridad, en este caso, a favor del tomador o asegurado.

5. Reglas de interpretación de las condiciones generales y particulares presentes en el contrato

A falta de regulación específica en la LCS, cuando el contrato incluya condiciones generales y particulares, el art. 6.1 LCGC establece una regla de prevalencia, para el caso de que exista contradicción entre ellas, a favor de las condiciones particulares²¹. A este respecto, parece claro que la finalidad de la norma no es establecer una preferencia absoluta o en todo caso de las condiciones particulares sobre las generales sino la protección del adherente, de forma que se aplicará la condición que en el caso concreto resulte más beneficiosa para él.

En un primer momento, cabe pensar que una cláusula especialmente redactada para individualizar y personalizar el contrato de seguro pueda resultar más favorable para el asegurado que las condiciones generales predispuestas para una generalidad de contratos. Si a ello añadimos que una cláusula particular, a diferencia de las generales, puede ser negociada por el tomador del seguro, nos reafirma en la creencia de que, efectivamente, en tal caso, la cláusula particular expresa la voluntad de las partes para regular el contenido del contrato de forma diversa a las cláusulas generales. Este es el motivo que se aduce para la redacción del § 305b del *Bürgerliches Gesetzbuch* en el que se establece que los acuerdos contractuales individuales tienen preferencia sobre las condiciones generales²².

21 El art. 6.1 LCGC dispone que “cuando exista una contradicción entre las condiciones generales y las condiciones particulares específicamente previstas para este contrato, prevalecerán éstas sobre aquellas, salvo que las condiciones generales resulten más beneficiosas para el adherente”.

22 V. Herberguer, M./Martinek, M./Rüßmann, H./Weth, S. “§ 305b”, en Junker, M. (edit.). *Juris-Praxiskommentar*. Saarbrücken (2013): Juris, 548, en el que se indica que la preferencia de las cláusulas particulares sobre las generales en caso de contradicción entre ambas obedece al principio de la libertad contractual. A este respecto, se señala que las condiciones generales cumplen la función de completar las lagunas existentes en los acuerdos celebrados entre las partes. Por lo tanto, si existe una contradicción entre una cláusula particular y una cláusula general, esta última carecerá de eficacia. Así, mediante la cláusula particular se tendrá en consideración la voluntad de las partes. La prioridad de la cláusula particular sobre las cláusulas generales rige en beneficio de las dos partes contratantes, pudiendo dirigirse ambos a dicha primacía.

Del mismo modo, el art. 1342 del *Codice Civile* dispone que en los contratos celebrados mediante la suscripción de formularios predispuestos para regular de forma uniforme determinadas relaciones contractuales, las cláusulas añadidas al formulario prevalecen sobre las cláusulas predispuestas cuando sean incompatibles con ellas, aunque estas últimas no hayan sido anuladas. En este sentido, se indica que la introducción de adiciones o correcciones manuscritas a un documento escrito a máquina, y debidamente firmado por las partes, comporta una presunción *iuris tantum* de que con dicha inclusión o corrección las partes han dispuesto una ulterior y diversa regulación de la relación contractual respecto a las cláusulas originales predispuestas²³.

Sin embargo, hemos de tener presente que las condiciones particulares que no han sido especialmente negociadas por el asegurado también tienen el carácter de predispuestas e impuestas por el asegurador, de ahí la conveniencia de interpretar en este supuesto la cláusula general y la particular en relación al conjunto del contrato y optar por la que otorgue un mayor beneficio al asegurado.

En este sentido, entendemos que el art. 6.1 LCGC no se limita a establecer un mero criterio jerárquico entre los dos tipos de cláusulas, sino que ofrece una verdadera regla de interpretación en pro del adherente. Por consiguiente, la contradicción entre una cláusula particular y una cláusula general se resolverá interpretando cada una de ellas, conforme a una interpretación general del contrato, desde la perspectiva de la protección del adherente y, como resultado de esa labor de interpretación, prevalecerá la cláusula que sea más beneficiosa para él. De ahí que la aplicación del art. 6.1 LCGC otorgue una mayor protección al asegurado que la normativa contenida en los regímenes de algunos países de nuestro entorno, como los anteriormente citados²⁴.

Prosiguiendo con el análisis de las reglas de interpretación de las cláusulas generales, el art. 6 LCGC señala en su apartado segundo que "las dudas en la interpretación de las condiciones generales oscuras se resolverán a favor del adherente"²⁵. Por otro lado, dada la naturaleza contractual de las cláusulas generales y particulares, les es aplicable las disposiciones del Código Civil en materia de interpretación de los contratos²⁶. En concreto, como ya dijimos anteriormente, el art. 1288 CC, que

23 V. Zaccaria, A. "Art. 1342", en Cian, G. (dir.). *Comentario breve al codice civile*. Padua (2011): Cedam, 1532.

24 Piénsese en aquellos supuestos en los que una cláusula ha sido objeto de negociación, pero, debido al escaso o nulo conocimiento del tomador respecto al funcionamiento del seguro en cuestión, dicha cláusula acaba resultando menos beneficiosa para él de lo que sería la aplicación de las cláusulas generales.

25 La Directiva europea 93/13/CEE del Consejo de 5 de abril, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, establece en el art. 5 que "en los casos de contratos en que todas las cláusulas propuestas al consumidor o alguna de ellas consten por escrito, estas cláusulas deberán estar redactadas siempre de forma clara y comprensible. En caso de duda sobre el sentido de una cláusula prevalecerá la interpretación más favorable para el consumidor".

26 Así lo dispone igualmente el último apartado del art. 6 LCGC.

establece el principio *contra proferentem* conforme al cual la interpretación de las cláusulas oscuras no debe favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad.

Consecuentemente, en el ámbito asegurador el principio *contra proferentem* regirá para cualquiera de las cláusulas oscuras insertadas en el contrato, es decir, para las que contengan condiciones generales y para las que contengan condiciones particulares, y la oscuridad se resolverá a favor del tomador o asegurado con independencia de que éste sea un usuario o un profesional, y, en este último caso, de que contrate en ejercicio de su actividad profesional. En concreto, la aplicación del art. 6.2 LCGC será preceptiva en aquellos supuestos en que la oscuridad sea debida a una cláusula general que haya sido predispuesta por el asegurador. Para el caso de que la oscuridad provenga de una cláusula individual que efectivamente haya podido ser negociada por el tomador, sería aplicable el art. 1288 CC.

III. EL CONTROL DEL CARÁCTER LESIVO DE LAS CONDICIONES DEL CONTRATO

I. Las cláusulas lesivas en la Ley de Contrato de Seguro

Atendiendo a la vocación tuitiva del asegurado que caracteriza a la LCS, se prohíbe en el artículo tercero de esta norma que las condiciones generales resulten lesivas para el asegurado. No obstante, el citado artículo no precisa el significado del término "lesiva" referido a las cláusulas generales del contrato de seguro. Entiende la doctrina que "las cláusulas lesivas no sólo son aquellas que son contrarias a la ley, que serían propiamente ilegales y nulas en virtud del artículo 2, sino que entrarían en su concepto aquellas cláusulas que aun sin ser contrarias a la ley gravan o perjudican excesivamente al asegurado"²⁷. Por lo tanto, se considerará cláusula lesiva aquella que comporte una excesiva onerosidad para el asegurado²⁸. En esta misma línea se indica que a pesar de no ser ilegales, porque no contravienen frontalmente las disposiciones legales imperativas, su carácter inícuo, desproporcionado o injusto sería determinado por las consecuencias que comporta en la posición negocial del asegurado²⁹. Consecuentemente, el carácter lesivo de una cláusula general no vendría determinado por ser contraria a las normas imperativas, dado que en tal caso se trataría de una cláusula nula por ser ilegal, sino por causar un desequilibrio importante en las prestaciones derivadas del contrato en perjuicio del asegurado³⁰.

27 Paredes Guisasaola, A. *Cláusulas limitativas de derechos y delimitadoras del riesgo en el contrato de seguro*. Madrid (2000): Edersa, 104.

28 Sánchez Calero, F. "Artículo 3. Condiciones generales", cit., 127.

29 Pagador López, J. *Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas. La Ley de condiciones generales de la contratación*, cit., 367, añade que serían cláusulas lesivas las que "sucumben a la práctica del control de lesividad o control de contenido en que consiste en último término la prohibición de las mismas por el art. 3.1 LCS".

30 Pérez-Serrabona, J. L. *El contrato de seguro. Interpretación de las condiciones generales*. Granada (1993): Comares, 260, señala que "la cláusula lesiva sería la que vulnera el principio general *alterum non laedere*, referido, en nuestro caso concreto, a un contratante específico, al asegurado"

En este sentido, la cláusula lesiva derivará de la aplicación de las normas dispositivas de la LCS o de otras normas con este carácter que no entren en conflicto con las disposiciones imperativas de la LCS.

2. Las cláusulas abusivas en la Ley de Condiciones Generales de la Contratación y en la normativa de defensa de los consumidores y usuarios

Al objeto de transponer la Directiva europea 93/13/CEE del Consejo de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (en adelante, la Directiva 93/13/CEE), y de regular las condiciones generales de la contratación, se dictó la LCGC. Esta ley es de aplicación a las relaciones de profesionales entre sí y de éstos con los consumidores mediante la celebración de contratos con condiciones generales de la contratación. Al mismo tiempo, la LCGC introdujo en la disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 29 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y en el art. 10 bis de la misma Ley, un listado de cláusulas contractuales claramente abusivas conforme a la citada Directiva y a nuestro Derecho³¹.

De esta forma, mediante la transposición de la normativa europea en materia de tutela del consumidor, se introdujo en nuestro ordenamiento la terminología de cláusulas abusivas para referirse al carácter lesivo de las cláusulas predispuestas por los profesionales frente a los consumidores. Conforme a la Exposición de Motivos de la LCGC, "cláusula abusiva es la que en contra de las exigencias de la buena fe causa en detrimento del consumidor un desequilibrio importante e injustificado de las obligaciones contractuales y puede tener o no el carácter de condición general, ya que también puede darse en contratos particulares cuando no existe negociación individual de sus cláusulas, esto es, en contratos de adhesión particulares". Al respecto, el art. 82.1 TRLGDCU establece que se considerarán cláusulas abusivas "todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas que, en contra de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor o usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato"³². Consecuentemente, la referencia al carácter lesivo de las cláusulas del contrato de seguro que hace el art. 3 LCS queda superada por el carácter abusivo de tales cláusulas cuando se trate de un contrato de seguro en que el asegurado tenga la condición de consumidor conforme al TRLGDCU³³.

31 La Ley 26/1984, de 29 de julio, General para la Defensa de Consumidores y Usuarios ha sido derogada por el Real Decreto Legislativo 1/2007, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

32 El art. 82.1 TRLGDCU incorpora la definición de cláusula abusiva dada por el art. 3.1 de la Directiva 93/13/CEE.

33 Tapia Hermida, A. J. "Condiciones generales, cláusulas limitativas y cláusulas abusivas ante la reforma de la Ley de Contrato de Seguro". *Revista Española de Seguros* (2013). 155, 311-336, 322.

3. La apreciación del carácter abusivo de las condiciones particulares y de las cláusulas que afectan a elementos esenciales del contrato

A pesar de que el art. 3 LCS parece limitar la apreciación del posible carácter lesivo sólo respecto de las cláusulas generales, cabe entender que tal carácter también puede predicarse de las cláusulas particulares³⁴. La Directiva 93/13/CEE se limita a aplicar la prohibición de cláusulas abusivas a las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente, sin diferenciar entre cláusulas generales o particulares³⁵. Inclusive aquellas condiciones particulares que han sido especialmente pactadas deberían ser consideradas abusivas cuando comporten una excesiva onerosidad para el asegurado³⁶.

Del mismo modo, el art. 14 de la *Arrête Royal* belga de 22 de febrero de 1991, por la que se establecen las normas generales relativas al control de las empresas de seguros, dispone con carácter general que “las condiciones de los contratos no pueden contener ninguna cláusula de naturaleza tal que atente contra la equivalencia entre los compromisos del asegurador y del tomador”. De conformidad con la norma citada, la consideración de cláusula abusiva en el contrato de seguro puede atribuirse a cualquier cláusula contractual, con independencia de su naturaleza general o particular; y, en este último caso, de que se trate de una cláusula que haya sido negociada individualmente por el tomador.

No obstante, un sector de la doctrina considera que la prohibición del carácter lesivo contenida en el art. 3 LCS se refiere únicamente a las condiciones generales, quedando excluida su aplicación a las condiciones particulares, por ser éstas habitualmente negociadas, de forma que “no es válido aplicar, sin más, esa prohibición” cuando la cláusula particular haya sido especialmente negociada entre el tomador del seguro y el asegurador³⁷.

34 Embid Irujo, J. M. “Artículo 3”, en Boquera Matarredona, J., Bataller Grau, J., Olavarría Iglesia, J. (coords.). *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*. Valencia (2002): Tirant lo Blanch, 79; Pagador López, J. Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas. La Ley de condiciones generales de la contratación, cit. 379. En este mismo sentido Veiga Copo, A. B. *Tratado del contrato de seguro*, 2ª ed. Cizur Menor (2012): Aranzadi, 766-767, considera que la lesividad de una cláusula también puede ser extrapolable incluso a una cláusula particular que ha sido especialmente negociada por las partes, aunque lo más usual y frecuente sea que las estipulaciones lesivas puedan encontrarse redactadas y ubicadas en el condicionado general.

35 Al respecto, Bosch Capdevila, E.; Giménez Costa, A. “Las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores”. *Revista crítica de Derecho inmobiliario*, (2005). 692, 1757-1816, 1760, señalan que la condición para merecer el calificativo de abusiva, por comportar en contra de las exigencias de la buena fe un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes, es que la cláusula no se haya negociado individualmente, de ahí que no queden excluidos los supuestos de “cláusulas elaboradas unilateralmente por el profesional para cada consumidor en particular”. No obstante, indican los autores, el (actual) art. 82.4 TRLGDCU utiliza la expresión “en todo caso son abusivas” para referirse a un listado de cláusulas (la denominada lista negra) que cumplan o no los requisitos del primer apartado del art. 82 serán abusivas, hayan sido negociadas individualmente o no.

36 Lambert-Faivre, Y. *Droit des assurances*. París (1999): Dalloz, 124, señala que en el contrato de seguro el carácter abusivo de una cláusula puede ser denunciado tanto respecto de las condiciones particulares “negociadas libremente” como de las condiciones generales preestablecidas por el asegurador. Así lo establece de forma expresa el art. L 132-1 *Code de la consommation* francés.

37 Sánchez Calero, F. “Artículo 3. Condiciones generales”, cit., 128.

Por otro lado, el art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE establece que no se apreciará el carácter abusivo de aquellas cláusulas que hagan referencia a los elementos esenciales del contrato, como son las referidas al objeto principal del contrato, o a la adecuación entre precio y retribución, y, tampoco, a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible. A su vez, en el Considerando diecimonoveno de la Directiva se especifica que en los contratos de seguro no se apreciará el carácter lesivo de aquellas cláusulas que definen o delimitan claramente el riesgo asegurado y el compromiso del asegurador; ya que dichas limitaciones se tienen en cuenta en el cálculo de la prima abonada por el consumidor. Por lo tanto, podría parecer que, en principio y como regla general, a pesar de que una cláusula comporte en perjuicio del asegurado un desequilibrio excesivo o desproporcionado, no será sometida al control de contenido por abusiva si se trata de una cláusula, por ejemplo, delimitadora del riesgo cubierto por el seguro.

Sin embargo, en este punto debemos tener presente que nuestro legislador, a diferencia de los legisladores de otros países de nuestro entorno³⁸, no ha traspuesto el art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE, de ahí que no aparezca ni en la LCGC ni en el TRLGDCU exclusión alguna en la regulación del control de contenido del carácter abusivo de las cláusulas que afectan a elementos esenciales del contrato³⁹. Por otra parte, el art. 9.2 LCGC admite expresamente el control de contenido y la correspondiente nulidad de las cláusulas que afecten a elementos esenciales del contrato, cuando especifica que la sentencia estimatoria de la nulidad de las cláusulas de condiciones generales “declarará la nulidad del propio contrato cuando la nulidad de aquéllas o su no incorporación afectara a uno de los elementos esenciales del mismo en los términos del artículo 1261 del Código Civil”. Consecuentemente, en relación con el dictado del art. 3 LCS que prohíbe el carácter lesivo de las condiciones generales y teniendo el asegurado la condición de consumidor; cuando

38 Este es el caso de Francia, que sí transpuso el art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE. Así el art. L 132-1 del *Code de la consommation* establece en el epígrafe sétimo que “la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no afectará a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación del precio o la remuneración al bien vendido o al servicio prestado, siempre que las cláusulas hayan sido redactadas de forma clara y comprensible”. Igualmente, en Bélgica se transpuso el art. 4.2 de la citada Directiva en el art. 31 § 3 de la Ley de 14 de julio de 1991 sobre las prácticas comerciales. Del mismo modo, se recoge la transposición en el artículo 43.2 del *Codice del consumo* italiano.

39 González Pacanowska, I. “Libro II: Título II (Introducción)”, en Bercovitz Rodríguez-Cano, R (coord.). *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*. Cizur Menor (2009): Aranzadi, 911-912, señala que las normas sobre cláusulas no negociadas contenidas en la LCGC y en el TRLGDCU no discriminan entre cláusulas referidas al objeto y a la adecuación económica, y cláusulas referidas a aspectos complementarios o accesorios. Al respecto, Bosch Capdevila, E. y Giménez Costa, A. “Las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores”, cit., 1768-1769, observan que la mayoría de la doctrina española rechaza la idea de llevar un control de precios en los contratos no negociados celebrados con consumidores, esencialmente, por ser contrario al modelo comunitario que preconiza la Directiva 93/13/CEE del Consejo, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y al régimen de economía de mercado consagrado por el art. 38 CE. En esta cuestión indican que son dos los requisitos que permiten sustraer del control de contenido a las cláusulas referentes al objeto del contrato y al precio: la transparencia en la formulación de las cláusulas y la existencia de un sistema de libre competencia real; de manera que, señalan los autores citados, “todo dependerá de si funciona o no el sistema de libre competencia”.

una cláusula cause en perjuicio de dicho asegurado un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes, podría someterse a la aplicación de las reglas de control de contenido de los arts. 82 y ss.TRLGDCU, incluso si tal cláusula hiciera referencia a elementos esenciales del contrato de seguro⁴⁰.

En este sentido, algunos autores consideran que están sujetas al control de contenido aquellas cláusulas que contengan limitaciones o modificaciones de los acuerdos relativos a las prestaciones principales; "así, en los contratos de seguro, la delimitación del riesgo que no se corresponda con el tipo de seguro o imagen que del mismo se haya podido legítimamente representar el adherente"⁴¹. En efecto, el control de contenido debe abarcar aquellas cláusulas que de forma tácita o expresa alteren el contenido esencial y determinante del contrato de tal forma que desvirtúen la confianza manifestada por el consumidor en el momento de celebrar el contrato, sobre el alcance de la prestación que recibe y el coste total de la operación⁴².

La posibilidad de extender el control de la condición abusiva a las cláusulas reguladoras de los elementos esenciales del contrato también ha sido reconocida por nuestra jurisprudencia menor en relación al pago de intereses aplicables a contratos de préstamo. Así, la SAP Barcelona 11 julio 2007⁴³ admite la posibilidad de analizar en carácter abusivo de aquellas cláusulas que determinan los intereses moratorios en un préstamo bancario a pesar de que estas cláusulas inciden sobre uno de los elementos esenciales del contrato como lo es el precio⁴⁴. Ello se fundamenta en la norma de defensa de consumidores y usuarios en la que se considera una cláusula abusiva la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor que no cumpla sus obligaciones.

Del mismo modo, la SAP Asturias 9 julio 2004⁴⁵ justifica la extensión del control de contenido sobre los intereses remuneratorios de un préstamo bancario conforme a la normativa sobre la defensa de los consumidores y usuarios. A este respecto, la Audiencia resalta que la Directiva 93/13/CEE deja a salvo en su Exposición de Motivos la posibilidad de que los Estados miembros garanticen "una protección más elevada el consumidor mediante disposiciones más estrictas que las de la presente Directiva".

40 Contrariamente, Pagador López, J. *Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas. La Ley de condiciones generales de la contratación*, cit., 375.

41 Carrasco Perera, A. *Derecho de los contratos*. Cizur Menor (2010): Aranzadi, 802-903.

42 A este respecto, González Pacanowska, I. "Libro II: Título II (Introducción)", cit., 911, señala que la labor fiscalizadora se dirige "fundamentalmente, a comprobar el conocimiento efectivo del consumidor en el momento de celebrarse el contrato de lo que es típicamente determinante para su decisión de contratar y sus razonables expectativas teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso en concreto".

43 SAP Barcelona 11 julio 2007 (AC 2007, 2199).

44 Sobre la posibilidad de revisar el carácter abusivo de las cláusulas referentes a intereses moratorios en los contratos de préstamo, v. entre otras, SAP Barcelona 9 septiembre 2009 (JUR 2009, 462782) y SAP Madrid 21 noviembre 2011 (JUR 2012, 22415).

45 SAP Asturias 9 julio 2004 (AC 2004, 1163).

Este es el criterio expresado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la Sentencia de 3 de junio de 2010, en el asunto C-484/08, por medio de la cual se resuelve una cuestión prejudicial planteada por el TS sobre este respecto. La cuestión versaba sobre si un Estado miembro, de conformidad con el art. 8 de la citada Directiva, puede establecer en su legislación y en beneficio de los consumidores un control del carácter abusivo de aquellas cláusulas referidas a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre el precio y la retribución, que queda excluido en virtud del art. 4.2 de la misma Directiva, aunque dichas cláusulas estén redactadas de forma clara y comprensible. A tal cuestión responde el Tribunal europeo confirmando lo que se indica en el considerando duodécimo de la Directiva en el sentido de que ésta sólo ha realizado una armonización parcial y mínima de las legislaciones nacionales relativas a las cláusulas abusivas, por lo que se reconoce a los Estados miembros la posibilidad de garantizar al consumidor una protección mayor que la prevista en la Directiva. En virtud de lo cual declara que los citados artículos de la Directiva “deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa nacional [...], que autoriza un control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que se refieren a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre, por una parte, precio y retribución y, por otra, los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, aunque éstas cláusulas estén redactadas de manera clara y comprensible”. Por lo tanto, la normativa española no es incompatible con la normativa comunitaria sobre el control de las cláusulas abusivas.

4. Distinción entre el tomador consumidor o usuario y el tomador empresario o profesional frente a las cláusulas abusivas

La inclusión de una cláusula general lesiva en el contrato de seguro implicará una violación del mandato del art. 3 LCS y por ello será nula y se tendrá por no puesta. En este punto debemos subrayar el distinto trato normativo que se establece en relación a la nulidad de las condiciones generales abusivas cuando el asegurado es un empresario o profesional que se asegura como tal, o cuando es un consumidor o usuario. A este respecto, a pesar de que en la regulación del control de inclusión de las cláusulas generales la LCGC no hace distinción cuando el adherente es un consumidor o un profesional o empresario, tratándose de cláusulas abusivas el control de contenido se reserva a la legislación sobre protección de consumidores y usuarios.

Así, el art. 8.1 LCGC dispone que “serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva [...]”. Pero en el segundo apartado, al abordar propiamente el control de contenido, indica que “en particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato de haya celebrado

con un consumidor, entendiéndose por tales en todo caso las definidas en el artículo 10 bis y disposición adicional primera de la ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de Consumidores y Usuarios⁴⁶.

De la redacción de este segundo apartado se deduce que el control de contenido de las condiciones generales abusivas definidas de forma específica en la norma de protección de los consumidores y usuarios, no se aplicará a aquellos contratos con cláusulas generales abusivas cuando el adherente sea un empresario o un profesional. De esta forma, la LCGC, aplicable a cualquier contrato con cláusulas generales, descarta establecer un control de contenido de las condiciones generales en aquellos celebrados entre profesionales, a través de la nulidad de las cláusulas abusivas y su correspondiente exclusión del contrato, similar al empleado a los contratos con consumidores⁴⁷.

Consecuentemente, y de conformidad con nuestra legislación, cuando se trate de un contrato de seguro en el que el asegurado tenga la condición consumidor o usuario y se vea afectado por una cláusula general abusiva, se aplicarán las reglas generales de la LCGC en la medida de que se trata de condiciones generales, y las normas específicas de control de validez de los arts. 82 a 90TRLGDCU, por tratarse de un consumidor. En el supuesto de que el asegurado afectado por una cláusula general abusiva sea un empresario o profesional, se aplicará la regla general de control de contenido sobre cláusulas generales del art. 8.1 LCGC que, en definitiva, nos remite a la aplicación de las reglas generales de nulidad contractual⁴⁸. No obstante, existe la opinión de que el art. 3 LCS dispone un control de contenido de cláusulas lesivas del asegurado con independencia de que éste sea un consumidor o un profesional, de manera que, a falta de especificaciones suplementarias en la ley, el concepto de lesividad "debe ser retrospectivamente interpretado a la luz de la normativa vigente de consumidores, y dotarse de un contenido coincidente con la cláusula general de control de abusividad del artículo 82.1 TRLGDCU"⁴⁹.

46 Actualmente, la referencia ha de entenderse efectuada al Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, y en concreto, a los arts. 82 al 90, ambos inclusive, de dicho texto normativo, que contienen la denominada "lista negra" de cláusulas consideradas abusivas.

47 A este respecto, Bercovitz Rodríguez-Cano, R. "Comentario artículo 8. Nulidad", en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (coord.). *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*. Cizur Menor (1999): Aranzadi, 266, señala que de la lectura completa de la Exposición de Motivos de la Ley (en especial, los párrafos 6.º, 7.º, 8.º y 9.º) resulta claro la voluntad de nuestro legislador de aceptar la existencia de las cláusulas generales lesivas en los contratos celebrados entre profesionales y aplicar la misma sanción para excluirlas del contrato. Del mismo modo, queda claro que el concepto de condiciones generales abusivas es el mismo para los contratos con consumidores y para los contratos celebrados entre profesionales y es el que contiene el (actual) art. 82 TRLGDCU. También resulta de la Exposición de Motivos que donde se rechaza la equiparación entre el adherente consumidor y el profesional es en la aplicación común de la lista de condiciones generales que se consideran abusivas contenida en los (actuales) arts. 85 a 90, ambos inclusive.

48 El art. 9.1 LCGC remite las acciones de control de inclusión y de contenido de las condiciones generales de la contratación a las reglas generales de la nulidad contractual previstas en el Código Civil. Con lo cual, tales reglas se aplicarán a toda cláusula contractual, sea general o particular, negociada o impuesta.

49 Carrasco Perera, A. *Derecho de los contratos*, cit., 781-782. Análogamente, Cámara Lapuente, S. *El control de las cláusulas "abusivas" sobre elementos esenciales del contrato*. Cizur Menor (2006): Aranzadi, 122 considera que el

No faltan autores que se muestran discrepantes con la exclusión de la contratación entre empresarios de las reglas de control de contenido propias de la contratación con consumidores. En este sentido, se subraya que la “ratio” del control de contenido específico de la contratación con consumidores “no se agota en el hecho de la consideración “personal” de consumidor, sino que se extiende al hecho de la asimetría en el proceso de la formación del contrato, que tanto suele darse con consumidores como con adherentes en general”⁵⁰. Del mismo modo, se indica que ya antes y después de la entrada en vigor de la LCGC la jurisprudencia ha venido admitiendo que cabía la aplicación analógica de las reglas de control de contenido propias de la contratación con consumidores a la contratación entre empresarios y que este proceder cuenta con el apoyo entre los autores⁵¹.

A este respecto, se subraya que los efectos de calificar una cláusula como lesiva o abusiva son sustancialmente los mismos aplicando las cláusulas generales de la nulidad contractual o aplicando los estándares especializados de los arts. 82 y siguientes del TRLGDCU, ya que la aplicación de éstos últimos no puede llevar a resultados de control de contenido distintos de aplicar aquellos preceptos del Código Civil⁵². Siguiendo este razonamiento se advierte que las listas negras-grises del TRLGDCU no han servido para hacer un control de contenido más riguroso que las reglas generales, “sino para ilustrar la regla general con subreglas de concreción de nulidad que hacen más predecible y homogéneo el que hacer de los Tribunales”⁵³.

5. Las cláusulas abusivas en Derecho comparado y en los Principios de Derecho Europeo del Contrato de Seguro

En el Derecho francés, de conformidad con el art. L 132-1 del *Code de la consommation*, el control del carácter abusivo se establece respecto de las cláusulas contenidas en los contratos celebrados entre profesionales y no profesionales o consumidores. De esta forma, queda fuera de la aplicación del listado de cláusulas

carácter lesivo de una cláusula, en el sentido de ser abusiva por causar un perjuicio objetivo desproporcionado al asegurado, debe ser apreciado con independencia de que sea o no un consumidor.

- 50 A este respecto, Pasquau Liaño, M. “Comentario Arts. 9 y 10. Régimen aplicable y Efectos”, en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (coord.). *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*. Cizur Menor (1999): Aranzadi, 275-276, añade que la contratación entre profesionales habrá de hacerse con infinidad de matizaciones y distinciones, como la inadecuación de aplicar una lista negra de cláusulas prohibidas y el contenido de ésta.
- 51 Carrasco Perera, A. *Derecho de los contratos*, cit., 777-778, observa que parte de la doctrina y alguna resolución judicial mantienen que la cláusula general de la buena fe del art. 82.1 TRLGDCU es aplicable a la contratación entre empresarios, aunque ésta quedaría excluida de la lista específica de control de contenido de los arts. 85 a 90 TRLGDCU. Sin embargo, señala este autor, es irreal mantener que los “nichos” de lesividad singulares de los arts. 85 a 90 TRLGDCU no resulten de aplicación a la contratación entre empresarios, señalando especialmente las cláusulas de arbitrio discrecional del predisponente, las de conductas injustificadas, las de deficiencia causal, las impuestas a destinatarios indiscriminados, y las de abuso concurrencial.
- 52 Sánchez Calero, F. “Artículo 3. Condiciones generales”, cit., 130.
- 53 Carrasco Perera, A. *Derecho de los contratos*, cit., 810, incide en que la deseada razonabilidad en la que deberán instalarse la doctrina y los tribunales llevará a aplicar el control de contenido a toda cláusula no negociada individualmente.

presumiblemente abusivas, así como del listado de aquéllas consideradas en todo caso abusivas, el clausulado de los contratos alebrados entre profesionales.

En cambio, la aplicación del control de contenido de las cláusulas abusivas con independencia de que el adherente sea un consumidor o un profesional se admite en otras disposiciones legales, como el *Bürgerliches Gesetzbuch* alemán, cuyos § 305 a 310 están dedicados a la configuración de las relaciones obligatorias negocials mediante condiciones generales de la contratación. Su regulación se extiende tanto a los contratos celebrados con consumidores como a los celebrados entre empresarios, aunque en este último caso con la exclusión de ciertos párrafos. Así, respecto del control de contenido, el § 307 (1) determina con carácter general la ineficacia de las cláusulas abusivas que afecten a la contraparte contractual del predisponente, comprendiendo en este caso tanto al adherente consumidor como al empresario. Ahora bien, cuando las condiciones generales de la contratación se empleen frente a un empresario, no se aplicarán ni el § 308 que contiene un listado de cláusulas prohibidas con posibilidad de valoración (lista gris), ni el § 309 que recoge el listado de cláusulas prohibidas sin posibilidad de valoración (lista negra). Así, cuando el afectado por una cláusula general abusiva sea un profesional o empresario, podrá acogerse a la tutela de la cláusula general de control de contenido; mientras que en el supuesto de que el adherente sea un consumidor, podrá aplicarse los listados específicos de cláusulas abusivas para declarar la nulidad de aquellas cláusulas que causen un perjuicio desproporcionado a dicho consumidor.

Del mismo modo, el art. 1341 del *Codice Civile*, referente a las condiciones generales de los contratos, determina la ineficacia de las cláusulas señaladas como abusivas cuando el adherente no las haya aceptado expresamente por escrito, con independencia de que dicho adherente sea un consumidor o usuario o un profesional. Análogamente, en referencia al control de contenido de las cláusulas del contrato de seguro, el mencionado art. 14 de la *Arrête Royal* belga de 22 de febrero de 1991, determina, con carácter general, la nulidad de aquellas cláusulas que atenten contra la equivalencia entre los compromisos del asegurador y del tomador. Es decir, establece de forma general la posibilidad de declarar la nulidad de las cláusulas que resulten abusivas para el tomador del seguro sin diferenciar entre el contratante consumidor y el contratante empresario. Adicionalmente, tratándose de un consumidor el control de contenido se ve reforzado mediante la aplicación del listado de las cláusulas consideradas abusivas contenido en el art. 32 de la Ley belga de 14 de julio de 1991 sobre las prácticas comerciales.

De modo similar, los Principios de Derecho Europeo del Contrato de Seguro no establecen ninguna distinción entre el tomador o asegurado consumidor y el tomador o asegurado profesional cuando consagran la ineficacia de las cláusulas contractuales no negociadas individualmente que merezcan la calificación de abusivas.

IV. DISTINCIÓN ENTRE CLÁUSULAS DELIMITADORAS DEL RIESGO ASEGURADO Y CLÁUSULAS LIMITATIVAS DE LOS DERECHOS DEL ASEGURADO

I. Las cláusulas limitativas de los derechos del asegurado

Dentro del ámbito protector de los asegurados que distingue a la LCS es destacable la referencia que hace a las denominadas cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados, exigiendo un doble requisito formal para su válida incorporación al contrato. A tal efecto, el art. 3 LCS dispone que dichas cláusulas “se destacarán de forma especial” y “deberán ser específicamente aprobadas por escrito”. Ahora bien, el citado artículo no define el concepto de cláusula limitativa, siendo la doctrina y, mayoritariamente, la jurisprudencia, quienes se han ocupado de la labor de perfilar su concepto y de proceder a su distinción con las cláusulas delimitadoras del riesgo. Por cláusulas limitativas debe entenderse aquellas que, bien de forma directa, cercenando aquellos derechos que normalmente le confieren la ley y el contrato, o bien de forma indirecta, imponiéndole obligaciones más allá de las generalmente exigidas para una modalidad de seguro, limitan los derechos de los asegurados.

Consecuentemente, el concepto de cláusula limitativa debe apreciarse en un sentido amplio, dado que abarca la supresión para el asegurado de cualquier derecho derivado del ámbito de la autonomía privada de los contratantes en la formalización del contrato. Por ello, no toda cláusula limitativa de los derechos de los asegurados debe concebirse referida exclusivamente a la limitación del riesgo objeto de la obertura aseguradora⁵⁴.

De conformidad con el redactado del art. 3 LCS las cláusulas limitativas pueden encontrarse tanto entre las cláusulas generales como en las particulares. Por lo tanto, aunque la limitación de los derechos del asegurado provenga de una cláusula particular que haya sido específicamente negociada por el asegurado, sólo podrá ser opuesta por el asegurador, si se ha destacado de forma especial en la póliza y si el asegurado la ha aceptado expresamente con su firma.

2. Las cláusulas delimitadoras del riesgo asegurado

Las cláusulas delimitadoras del riesgo asegurado son aquellas que acotan o delimitan para cada modalidad de seguro el riesgo que será objeto de la cobertura y cuyo acaecimiento dará lugar al derecho del asegurador a reclamar la prestación y al recíproco deber del asegurador de realizar su cumplimiento. El delimitar y concretar el riesgo permite determinar la correspondiente prima, de forma que “la

54 Veiga Copo, A. B. *Tratado de contrato de seguro*, cit., 348.

cláusula que delimita el riesgo cumple la función esencial de alcanzar el propósito de la equivalencia de las prestaciones en el contrato de seguro"⁵⁵. La delimitación del riesgo definido en el marco de una específica modalidad de seguro se lleva a cabo mediante la inclusión de determinados riesgos, y, con ello, el correlativo no aseguramiento de otros, con el fin de adecuar la cobertura del seguro a la voluntad de las partes contratantes⁵⁶. Dentro de estos parámetros, las cláusulas delimitadoras del riesgo no deben ser consideradas como cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados dado que las primeras son las que hacen nacer el derecho del asegurado a la prestación, mientras que las segundas actúan para limitar y restringir ese derecho.

No obstante, en la práctica hay la tendencia a formular, dentro del apartado de la delimitación del riesgo, una serie de exclusiones expresas en referencia al riesgo inicialmente garantizado que van más allá de lo que normalmente se espera el tomador cuando decide contratar esa modalidad de seguro. Por lo tanto, una vez delimitada la cobertura en el caso concreto y dentro de lo habitualmente esperable, aquella estipulación que adicionalmente introduzca exclusiones, mermando la cobertura aseguradora que cualquier contratante espera obtener para esa modalidad de seguro, entendemos razonable que sea calificada de limitativa de derechos, y, por tanto, deba ser realmente conocida y expresamente aceptada por el tomador del seguro⁵⁷.

3. El criterio jurisprudencial sobre esta materia

La compleja distinción entre cláusulas delimitativas del riesgo cubierto y las cláusulas limitativas de los derechos del asegurado ha propiciado la elaboración de una exhaustiva doctrina jurisprudencial al respecto. La STS (Pleno) 11 septiembre 2006⁵⁸ sentó como doctrina que "las cláusulas delimitadoras del riesgo son aquellas mediante las cuales se concreta el objeto del contrato, fijando que riesgos, en caso de producirse, por constituir el objeto del seguro, hacen surgir en el asegurado el derecho a la prestación, y en la aseguradora el recíproco deber de atenderla". En la sentencia se añade que la jurisprudencia mayoritaria ha declarado que "son cláusulas delimitativas aquellas que determinan qué riesgo se cubre, en qué cuantía, durante qué plazo y en qué ámbito espacial". A su vez, señala el Tribunal, las cláusulas delimitativas "no están sujetas a los requisitos impuestos por la Ley a las limitativas

55 Sánchez Calero, F. "Artículo 3. Condiciones generales", cit., 138.

56 A este respecto, Groutel, H. *Traité du contrat d'assurance terrestre*. París (2008): Lexis Nexis, 233, señala que uno de los problemas más delicados del derecho de seguros es la determinación del objeto del contrato llevada a cabo por la doble operación complementaria de la definición de la esfera contractual, que implica el no aseguramiento de lo que queda fuera de ella y la correlativa garantía de lo que en ella se incluye.

57 Lambert-Faivre, Y. *Droit des assurances*, cit., 177, indica que la exclusión de riesgos constituye, por definición, la cláusula de no ganaría por excelencia, sobre la que la atención del asegurado deber ser siempre rigurosamente atraída, y, por ello, deben ser resaltadas de forma especial en las pólizas.

58 STS 11 septiembre 2006 (RJ 2006, 6576)

conforme al art. 3, puesto que la exigencia de este precepto no se refiere a una condición general o a sus cláusulas excluyentes de responsabilidad de la aseguradora, sino aquellas que son limitativas de los derechos de los asegurados⁵⁹. A su vez, la STS 16 octubre de 2000⁶⁰ indica que “la cláusula limitativa opera para restringir, condicionar o modificar el derecho del asegurado a la indemnización una vez que el riesgo objeto del seguro se ha producido, y la cláusula de exclusión de riesgo la que especifica qué clase de ellos se ha constituido en objeto del contrato”. Por consiguiente, conforme al criterio expuesto por el Tribunal Supremo las cláusulas en las que se establecen exclusiones en la cobertura de la póliza no deben ser consideradas *per se* cláusulas limitativas de los derechos del asegurado, sino cláusulas delimitadoras del riesgo por cuanto concretan qué riesgos en concreto quedarán fuera de la cobertura del contrato.

59 Esta doctrina ha sido recientemente recogida en otras sentencias como la STS 27 junio 2013 (RJ 2013, 4685) y la STS 5 marzo 2012 (RJ 2012, 4997). En esta última se determina que las cláusulas delimitadoras del riesgo “establecen exclusiones objetivas de la póliza o restringen su cobertura en relación con determinados eventos o circunstancias, siempre que respondan a un propósito de eliminar ambigüedades y concretar la naturaleza del riesgo en coherencia con el objeto del contrato (...) o en coherencia con el uso establecido y no puede tratarse de cláusulas que delimiten el riesgo en forma contradictoria con el objeto del contrato o con las condiciones particulares de la póliza, o de manera no frecuente o inusual”.

60 STS 16 octubre 2000 (RJ 2000, 9195).

