

**CLÁUSULAS LESIVAS, LIMITATIVAS Y DELIMITADORAS DEL
RIESGO EN EL CONTRATO DE SEGURO.
JURISPRUDENCIA Y EXPECTATIVAS RAZONABLES DEL ASEGURADO.**

SUMARIO. PRIMERA PARTE: PLANTEAMIENTO TEÓRICO. I) INTRODUCCIÓN. II) DEFINICIONES INICIALES. 1) Cláusulas lesivas. 2) Cláusulas limitativas de los derechos del asegurado. 3) Cláusulas delimitadoras del riesgo asegurado. III) ¿PUEDEN SER LESIVAS LAS CLÁUSULAS DELIMITADORAS DEL RIESGO? 1) Sobre el control de los elementos esenciales del contrato en la Directiva europea, en la LDCU y en la LCGC. 2) Delimitación del riesgo y cálculo de la prima como elementos esenciales del contrato de seguro. 3) Viabilidad del negocio asegurador y causa del contrato de seguro. IV) REQUISITOS DE INCORPORACIÓN AL CONTRATO. 1) Entrega y suscripción de las condiciones generales. 2) Claridad y precisión en la redacción de las cláusulas contractuales. 3) Resaltado y suscripción específica de las cláusulas limitativas. 4) Por qué no se cumplen los requisitos de incorporación al contrato. 5) La distinción entre cláusulas lesivas y cláusulas limitativas. V) SOBRE LA DISTINCIÓN ENTRE CLÁUSULAS LIMITATIVAS Y DELIMITADORAS DEL RIESGO O DE LA INDEMNIZACIÓN. SEGUNDA PARTE: ESTUDIO JURISPRUDENCIAL. VI) LA CUESTIÓN EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO. CASOS CONCRETOS. 1) El criterio de la Sala Segunda del Tribunal Supremo. 2) El criterio de la Sala Primera del Tribunal Supremo. A) Sentencias que exigen que se cumplan los requisitos del art. 3 LCS. B) Sentencias que aceptan la validez de cláusulas delimitadoras no suscritas. Análisis. VII) CONCLUSIONES: LAS EXPECTATIVAS RAZONABLES DEL ASEGURADO. NOTAS.

PRIMERA PARTE: PLANTEAMIENTO TEÓRICO.

I) INTRODUCCIÓN

La Ley de contrato de Seguro, y en particular, su art. 3, es el primer texto normativo español que establece un control sobre las condiciones generales de la contratación¹. Habría que matizar, frente a la afirmación al respecto de algunos autores², que no se trata estrictamente de un desarrollo de esa pretendida nueva rama del ordenamiento que sería el *Derecho del Consumo*, introducida por el art. 51 de la Constitución española, porque asegurado³ puede ser tanto un consumidor como un profesional o empresario, y a todos ellos protege la Ley⁴. La contratación por adhesión a condiciones generales excede del ámbito del acto de consumo para afectar a la teoría general del contrato, máxime cuando ha llegado a erigirse en la forma más extendida de contratación⁵; de ahí que el ámbito de aplicación de esta Ley

se aproxime más al de la Ley de condiciones generales de la contratación (en adelante, LCGC) que al de la Ley General para la defensa de consumidores y usuarios (en adelante, LDCU), sin perjuicio de las remisiones y precisiones que luego efectuaré. Se trata, por lo tanto, de proteger al asegurado, en cuanto adherente que no puede participar en la elaboración del contrato, frente al predisponente, al asegurador, que establece unilateralmente los términos que regirán el contrato anulando de forma prácticamente total la libertad del primero⁶.

Si es el asegurador quien redacta el contrato en su totalidad y el asegurado no tiene otra opción que adherirse o no hacerlo (y en muchas ocasiones ni eso, en los sectores en que el aseguramiento es obligatorio, por obligación legal o necesidad social), el ordenamiento trata de restablecer, o mejor, simular, el correcto funcionamiento del mecanismo contractual mediante una serie de controles.

Así, en primer lugar, trata de impedir que la redacción unilateral del contrato dé lugar a un desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes mediante la imposición imperativa de una gran parte del contenido contractual (todas las normas imperativas de la LCS, sin perjuicio de que puedan ser alteradas en beneficio del asegurado) y, en lo que no se regula expresamente, se prohíbe la introducción de cláusulas lesivas para el asegurado; con ello pretende que las condiciones generales a que tendrá que adherirse el asegurado reflejen, con razonable aproximación, lo que habría sido el resultado de una negociación entre contratantes en situación de igualdad. Y es que, por definición, la negociación está excluida en cuanto a las condiciones generales⁷ (conviene no olvidar este hecho, ya que muchos de los argumentos de numerosos autores, a los que luego me iré refiriendo, parecen no tenerlo en cuenta). Por esto mismo, esas condiciones no reflejan la voluntad común de las partes (por mucho que los representantes de las aseguradoras insistan en lo contrario); sólo podrá entenderse que lo hacen cuando superen los controles legales que tratan de garantizar su contractualidad, esto es, que satisfacen las legítimas, razonables expectativas del asegurado, conforme a lo que en seguida vamos a explicar. Y esto es así pese a que, ocasionalmente, el Tribunal Supremo haya conferido una mayor relevancia interpretativa a las condiciones generales de las que realmente les corresponde: es el caso de la STS 1ª de 11-4-1991 (Malpica González-Elipe), citada por SOTO⁸, cuando dice que "el artículo 1285 del Código Civil, impone como regla de oro para investigar y comprender la intencionalidad volitiva de los contratantes vertida en un contrato, la de la sistemática y coherente entre todo el clausulado del mismo, lo que no significa que esas Condiciones Particulares no tengan cierta preeminencia sobre las Generales, pero que éstas, al no estar expresamente derogadas por aquéllas aportan al negocio jurídico una fuente complementaria y hasta

si se quiere subsidiaria pero con gran valor informativo de esa común voluntad que no es dable ignorar ni desconocer" (la cursiva es mía). Esta afirmación, tomada literalmente, es errónea, puesto que no se puede buscar la voluntad común de las partes en el condicionado general, en cuya redacción no interviene ni influye el adherente, sino, al contrario, para examinar la validez de ese condicionado habrá que averiguar si se corresponde con la voluntad común; sin perjuicio de ello, analizado el supuesto concreto enjuiciado, se observa que la solución adoptada por el Tribunal es correcta, ya que la condición general que pretendía aplicar el asegurador se contradecía con otra anterior, a la que se refería una condición particular, y ésta es la que aplica la Sentencia.

En segundo lugar, para que sean eficaces las cláusulas del contrato que, sin estar prohibidas por la LCS, limitan de alguna manera los derechos del asegurado, se exige que se destaquen de modo especial y que hayan sido específicamente aceptadas por escrito. Con esto, con el requisito general de todas las condiciones generales de que se incluyan en la proposición de seguro, si la hubiere; en la póliza del contrato o en un documento complementario, que se suscribirá por el asegurado y del que se le entregará copia; y con la obligación de que se redacten de forma clara y precisa, se intenta garantizar que el contenido de esas condiciones generales sea no sólo equitativo sino conocido por el asegurado; y que, por lo tanto, la adhesión sea algo más que una formalidad que da lugar a una relación contractual para llegar a aproximarse, simular, un verdadero consentimiento contractual: el asegurado ha de conocer exactamente qué cobertura le ofrece el asegurador para suscribirla en sus propios términos, evitando que se forme falsas expectativas.

Ambas exigencias se corresponden con los controles de contenido y de inclusión en el contrato que establecen la LCGC y la LDCU, según veremos detenidamente a continuación.

Sin embargo, carecen de la necesaria sistemática, lo que da lugar a dificultades de interpretación que se reflejan en una jurisprudencia contradictoria y en opiniones dispares en la doctrina. Ese déficit sistemático del art. 3 LCS se manifiesta en la falta de definición de las cláusulas lesivas y las limitativas de derechos, con la consiguiente dificultad para diferenciar dos categorías que, a primera vista, parecen confundirse; y viene complicado aún más por la introducción doctrinal y jurisprudencial de una tercera categoría, las cláusulas delimitadoras del riesgo, cuya asimilación o diferenciación con alguna de las anteriores es controvertida.

En las líneas que siguen expondré mi opinión sobre qué deba entenderse por cada una de esas categorías y los requisitos que deben cumplir para que alcancen eficacia jurídica. Se trata de una problemática ampliamente tratada por la doctrina y sobre la que existe una jurisprudencia más que copiosa, inabarcable, lo que demuestra la transcendencia

práctica que tiene. Transcendencia que se pone de manifiesto por las posturas encontradas de la doctrina y los pronunciamientos contradictorios de la jurisprudencia; pero, sobre todo, por las consecuencias prácticas que tiene en el mercado y en la economía de gran número de familias, lo que justifica una nueva aproximación al tema.

Estas mismas consecuencias, proyectadas en sentidos tan dispares, requieren un estudio que, más allá de la letra de la ley, se acerque a la realidad del tráfico, examinando a un tiempo las exigencias de la industria del seguro en orden a garantizar su viabilidad y la necesidad de protección del asegurado, para que las expectativas de cobertura que se formó al contratar no se vean sorpresivamente defraudadas, poniendo en peligro su solvencia personal, familiar o profesional. Se hace indispensable, para llegar a conclusiones realistas, tomar en consideración la práctica comercial del seguro, es decir, la forma en que se materializa la suscripción del seguro, si bien en este campo habrá que acudir, por razones obvias, a amplias generalizaciones.

II) DEFINICIONES INICIALES

Como punto de partida de la argumentación que seguirá, y sin perjuicio de ulteriores precisiones, es necesario concretar qué vamos a entender por cláusulas lesivas, cláusulas limitativas y cláusulas delimitadoras del riesgo.

1) Cláusulas lesivas.

A falta de definición en la LCS de lo que sean cláusulas lesivas, parece que lo más correcto es acudir a la norma que regula, con carácter genérico, el fenómeno de las condiciones generales⁹: la LCGC. Su art. 8.2 se limita a establecer la nulidad de las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, remitiéndose al art. 10 bis y a la disposición adicional primera LDCU en cuanto a su definición¹⁰. Y el art. 10 bis citado declara abusivas "todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato." Parece evidente que el concepto de cláusula lesiva ha de coincidir con el de cláusula abusiva recién enunciado, sustituyendo la referencia al consumidor como sujeto perjudicado por otra al asegurado: si una cláusula ha de resultar lesiva para el asegurado forzosamente será porque, de forma contraria a la buena fe, desequilibra, en su perjuicio, los derechos y obligaciones que normalmente se derivarían del tipo de seguro contratado¹¹.

Por lo tanto, podrán ser lesivas cláusulas que no vayan contra ninguno de los preceptos imperativos de la LCS, llevando el control del contenido más allá de lo establecido por su art. 2¹².

Se ha planteado la doctrina si el control de las cláusulas lesivas afecta sólo a las condiciones generales o también a las particulares. El art. 3 LCS introduce la prohibición de lesividad refiriéndose únicamente a las condiciones generales, por lo que la aplicación de este precepto no permitiría extender este control a las particulares. Sin embargo, dado el ámbito de aplicación de la LDCU: cláusulas impuestas a consumidores; y puesto que los contratos de seguro son contratos de adhesión, en que un profesional impone sus condiciones al adherente; y que la nueva disposición adicional segunda de la LDCU, introducida por la disposición adicional segunda de la LCGC, establece que lo dispuesto en la LDCU será de aplicación a todo tipo de contratos en los que intervengan consumidores, incluso en el caso de que exista una normativa sectorial específica, ya que ésta debe respetar el nivel de protección del consumidor previsto en aquélla; siempre que el asegurado sea un consumidor la prohibición de las cláusulas lesivas ha de alcanzar a todo tipo de cláusulas que no hayan sido expresamente negociadas, mientras que cuando el asegurado sea un profesional, el control sólo afectará a las generales¹³. Sin embargo, llegando más lejos, ha de revisarse la posibilidad de que se pueda dispensar a los asegurados profesionales la misma protección que a los consumidores, por encontrarse en similar situación frente a las aseguradoras y tratarse de contratos que no se corresponden con su tráfico, con la actividad que dominan, como propone buena parte de la doctrina española y extranjera y ha estimado la jurisprudencia en algunos casos¹⁴.

Hay que aclarar que por condiciones generales ha de entenderse las que lo sean conforme a la LCGC, no las que aparezcan bajo tal rúbrica en la póliza: en ocasiones se entrega una hoja o cuadernillo con unas cláusulas denominadas condiciones generales y otro con cláusulas denominadas particulares o especiales; en realidad se trata de las condiciones que rigen en general para todo el ramo del seguro y las que gobiernan en particular el subramo contratado, pero unas y otras son condiciones generales de la contratación a efectos del control legal; junto a éstas, pueden existir otras, las realmente particulares, que son las previstas para el caso concreto, especificando las características del objeto o riesgo asegurado, límites del valor asegurado, etc¹⁵.

2) Cláusulas limitativas de los derechos del asegurado.

En ausencia absoluta de definición legal, habrá que concebir las cláusulas limitativas de los derechos del

asegurado como todas aquéllas que restrinjan o excluyan algún derecho que, en principio, correspondería al asegurado, o que le impongan una obligación que de otra forma no tendría¹⁶. Se presenta el problema de aclarar qué cláusulas pueden limitar derechos del asegurado sin ser lesivas en los términos expuestos, habida cuenta que nos encontramos ante contratos de adhesión: en este tipo de contratos cualquier alteración de la normal distribución de derechos y obligaciones en perjuicio del adherente habrá de estimarse abusiva por venir impuesta por el predisponente, que por imperativo de la buena fe objetiva debe redactar el contrato en los términos que el adherente pueda esperar, es decir, en la misma forma que resultaría de una composición negociada¹⁷, salvo que esa alteración sea de mínima entidad. A priori es difícil imaginar una cláusula limitativa que no sea lesiva, lo que se manifiesta, p.ej., en la incorrecta yuxtaposición de ambos conceptos que hace la STS 1ª 25-7-1991 (Fernández-Cid de Temes), cuando afirma que «cualquier estipulación que pudiera alterar el *onus probandi* en beneficio de la aseguradora tendrá que ser conceptuada como cláusula limitativa del derecho del asegurado y nula por lesividad con arreglo a los arts. 2 y 3 LCS». Más adelante trataré de analizar a qué se refería el legislador cuando estableció esta diferencia.

3) Cláusulas delimitadoras del riesgo asegurado.

La categoría de «cláusulas delimitadoras del riesgo» no se menciona en la LCS, sino que es creación doctrinal y jurisprudencial. Hace referencia a las cláusulas que precisan el objeto del contrato a través de la determinación del *aleas cubierto*; en palabras de TAPIA¹⁸, «delimitan el riesgo cubierto por el asegurador las cláusulas que establecen el alcance de la obligación del asegurador de dar cobertura al asegurado, describiendo el hecho causante de la deuda resarcitoria imputable civilmente a este último. Su validez no queda sujeta a requisitos específicos, sino a los generales de redacción clara y precisa ex artículo 3 de la LCS»¹⁹; siguiendo a CARMONA²⁰, esta definición del objeto del contrato puede llevarse a cabo de las siguientes formas:

- a) por la descripción del hecho que origina la obligación indemnizatoria;
- b) por la descripción del tipo de obligación indemnizatoria cubierta;
- c) por la delimitación cuantitativa de la obligación de indemnizar;
- d) por la delimitación temporal de la cobertura;
- e) por la delimitación espacial de la cobertura; y
- f) por la delimitación personal del posible universo de terceros perjudicados.

Es precisamente la falta de toda referencia legal a ellas lo que origina las dificultades prácticas para calificarlas y determinar su eficacia: ¿son o pueden ser lo mismo que las cláusulas lesivas o las limitativas o, por ser las que fijan el objeto principal del contrato, constituyen categoría aparte, como sostienen los autores citados?

III) ¿PUEDEN SER LESIVAS LAS CLÁUSULAS DELIMITADORAS DEL RIESGO?

Dado que el art. 3 LCS no menciona las cláusulas delimitadoras del riesgo, ha de plantearse cuál es el tratamiento legal que les corresponde: si pueden o deben asimilarse a las cláusulas lesivas o limitativas objeto de este precepto o tienen entidad propia.

Primeramente, debemos cuestionarnos si pueden llegar a ser lesivas para los asegurados. En este sentido, algunos autores se han planteado si es posible que, dadas las peculiaridades del contrato de seguro, las cláusulas que delimitan el riesgo puedan desequilibrar el contrato.

Un primer orden de argumentos en contra de esa posibilidad se centra en las premisas del control de las condiciones generales de la contratación. Se sostiene, por un lado, que estas cláusulas delimitan el núcleo del contrato, los derechos y obligaciones esenciales, por lo que no pueden ser objeto del control del contenido; y, por otro, que al estar determinada la prima por cálculos actuariales no puede haber desequilibrio: la prima siempre se corresponderá con el riesgo cubierto²¹.

Un segundo orden de argumentos se refiere a la viabilidad del negocio asegurador: es inviable una cobertura ilimitada de todo tipo de riesgos, por lo que se hace necesario delimitar en distintos sentidos la cobertura.

A continuación analizo en detalle estos argumentos.

1) Sobre el control de los elementos esenciales del contrato en la Directiva europea, en la LDCU y en la LCGC.

La Directiva 93/13 CEE, sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores, en el art. 4.2 dice que "(1)a apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible." La Exposición de Motivos (párrafo decimonoveno) abunda en esa limitación, aunque dice que sí podrá tenerse en cuenta el objeto principal del contrato y la relación calidad/precio para apreciar el carácter abusivo de otras cláusulas; y alude

en particular a las cláusulas delimitadoras del riesgo asegurado y el compromiso del asegurador, en los contratos de seguro.

La razón de esa exclusión se encuentra en que, en la contratación en masa, habitualmente el adherente no conoce más que el objeto principal del contrato, es decir, la prestación esencial del predisponente y su precio. El adherente elige entre uno u otro competidor en función de la prestación que ofrece y el precio que pide, y por eso es a ese aspecto a lo que se limita habitualmente la competencia en este tipo de contratación, lo que, en teoría, debería excluir el abuso en ese campo. Si el control de las condiciones generales se justifica por la ausencia de competencia sobre su contenido, que permite toda clase de abusos, tal defecto del mercado no existe (al menos, no en la misma magnitud) respecto a las prestaciones esenciales²².

Esta solución, sin embargo, no es unánime en los ordenamientos internos de los distintos países miembros, e incluso la propuesta inicial de Directiva²³ pretendía extenderse a los elementos esenciales del contrato²⁴. La principal disparidad se produce en los países nórdicos, en los que se permite un control judicial de la relación calidad/precio en ciertas circunstancias, si se prueba un déficit de *consideration* por parte del contratante débil, es decir, que por alguna circunstancia justificada no prestó la necesaria consideración a esa relación, por lo que falta la causa de un precio tan, relativamente, elevado; se cita como exponente característico de los casos en que los tribunales vienen revisando el precio pagado, incluso a pesar de haberse negociado, el de los jóvenes que se apresuran a comprar un coche de segunda mano y que llevados, por una parte, de su insuficiente conocimiento del mercado y de las cualidades de los vehículos y, por otra, de su impaciencia, aceptan un precio que después se demuestra excesivo²⁵.

Algo similar ocurre en Francia, donde la Ley 78/23, de 10 de enero, extiende el control a las cláusulas negociadas y a las relativas al precio, y califica como cláusulas abusivas las que hayan sido impuestas a un no profesional por un abuso de la preponderancia económica de la otra parte y confieren a esta última una ventaja excesiva. En este caso concurre además la particularidad de que la definición de cláusula abusiva no alude a la buena fe, que es la referencia común a la mayoría de los ordenamientos, incluida la propia Directiva, sino al abuso de posición predominante del profesional²⁶.

Es más, incluso en Alemania, cuya jurisprudencia marcó inicialmente el camino del control de las condiciones generales que se concretó en la AGBG, de 1976, y que claramente excluye de ese control la definición de la prestación principal, admite que los detalles y particularidades que pretenda introducir el asegurador en la

definición del riesgo que desea cubrir puedan ser revisados, principalmente para ver si se corresponden con el ámbito de protección que razonablemente pudiera esperarse²⁷.

Al ser una Directiva de mínimos, nada impide que los tribunales de estos países puedan continuar conociendo de estos casos, pero se plantea la cuestión de si los tribunales españoles también pueden hacerlo, o si, *de lege ferenda*, debería habilitárseles esa posibilidad.

Pues bien, en la medida en que los elementos esenciales del contrato hayan sido realmente negociados no pueden ser objeto de control porque la negociación excluye el requisito de la imposición: tanto el art. 1 LCGC como los arts. 10 y 10 bis LDCU, al establecer el ámbito objetivo de aplicación de una y otra ley, se refieren a que sólo serán objeto de control las cláusulas impuestas²⁸. Cosa distinta es que el profesional no admita discusión al respecto, puesto que esto conduce a que reaparezca el requisito de la imposición; es decir, nos encontraríamos ante una cláusula esencial del contrato que ha sido impuesta. ¿Puede someterse a control una cláusula esencial impuesta?

La opción consciente del legislador español al transponerla fue precisamente establecer ese control: en el nuevo art. 10 LDCU, se omitió toda referencia a la accesoriadad merced a la aprobación de una enmienda presentada por el Grupo federal IU-IC²⁹, con mención expresa en su defensa de que así se ampliaba el campo de aplicación de la Directiva, pensando fundamentalmente en los intereses establecidos para los contratos de préstamo, campo especialmente abonado para todo tipo de abusos; ya con la ampliación del ámbito de la Directiva a las cláusulas particulares impuestas se excedía ampliamente de la problemática de las condiciones generales para centrar su objetivo en los abusos al consumidor, extensión que se hace ahora más evidente en cuanto abarca también a la relación calidad/precio, expresamente querida por el legislador español³⁰. ¿Cabe suponer que, si se acordó ampliar el ámbito objetivo de aplicación de la LDCU en esta forma, se querría hacer lo mismo con la LCGC? Si tenemos en cuenta que la reforma del citado art. 10 LDCU se aprobó a través de una Disposición adicional de ésta podríamos concluir que sí; pero esa conclusión sería errónea porque el ámbito y justificación de ambas Leyes es distinto: una contempla las cláusulas impuestas al consumidor, muy ampliamente definidas; la otra las condiciones generales de la contratación, entre las que no se incluyen las que indican directa y claramente cuáles son las prestaciones esenciales, sin necesidad de que se exprese tal hecho en su definición: de hecho, las leyes alemana y portuguesa no lo mencionan, sin perjuicio de lo cual se entiende unánimemente que no regulan las prestaciones esenciales. Podría defenderse que hay que atenerse a la definición que de las condiciones generales ofrece la LCGC; y que esta definición no hace referencia alguna al requisito de

la *accesoriedad*, que caracterizaría a las condiciones generales en el concepto común, frente a las cláusulas que establecen el precio o la prestación principal, que serían *esenciales*, por lo que la LCGC habría realizado una ampliación del concepto de condición general de la contratación. No parece, sin embargo, que fuese esa la intención del legislador, que más bien debió pretender mantener el concepto comúnmente aceptado de condición general.

En definitiva, parece más correcto entender que la fijación clara, directa, transparente, del precio o de la prestación que corresponda al predisponente queda fuera del ámbito de la LCGC porque ésta trata de regular precisamente las condiciones generales de la contratación, y ni el precio ni la fijación de la prestación básica constituye una condición general, según lo que se entiende habitualmente por tal, con independencia de que el legislador se olvidara o no considerara necesario delimitarlas frente a las cláusulas esenciales del contrato.

Ahora bien, la redacción literal de la LDCU no permite que, en su ámbito de aplicación (el de las cláusulas impuestas al consumidor; en cuanto al objeto de este estudio, para el caso de que el asegurado sea un consumidor), pueda revisarse en todo caso la fijación del precio o de la prestación que corresponda al predisponente (asegurador). Sólo estará justificada esa intervención cuando las circunstancias del caso impidan un control adecuado, suficiente, por parte del mercado; cuando el profesional goce de una posición prevalente que le permita fijar su precio o prestación sin que su cliente pueda negociar ni disponga de una alternativa razonable (ya sea por circunstancias objetivas del mercado o por las subjetivas del adherente - como en el caso expuesto como ejemplo del criterio de los tribunales nórdicos- o cualquier otro de similar naturaleza, en que el adherente no está preparado para evaluar o negociar la adecuación del precio a la contraprestación). Y a este respecto debe tenerse en cuenta las advertencias formuladas por un sector de la doctrina³¹ sobre la estructural diferencia de posiciones entre profesionales y consumidores, derivadas de la intervención habitual, precisamente profesional (admítase la redundancia) en el mercado de los primeros, frente a la ocasional, *amateur*, de los segundos; de que son los primeros quienes fijan las condiciones del negocio, sometidos sólo muy limitadamente a imperativos de mercado en muchos sectores; al poder del *marketing*; a los costes que tiene para el consumidor comparar condiciones y precios entre distintos competidores, a veces con ofertas poco homogéneas, etc. Razones todas ellas que permiten defender un desarrollo de las normas de protección de los consumidores que alcancen incluso a los elementos esenciales

del contrato en todos aquellos campos en que el mercado no basta para establecer un control suficiente.

En todo caso, ya la Directiva permitía un control indirecto de la relación calidad/precio: al evaluar si otras cláusulas son o no abusivas, entre otras circunstancias hay que tomar en cuenta el objeto principal del contrato y la relación calidad/precio, según indica expresamente el mismo párrafo decimonoveno de la Exposición de Motivos de la Directiva 93/13 CEE³².

Por supuesto, toda cláusula que pretenda determinar el precio o la contraprestación que no sea *transparente* entrará en el ámbito de aplicación de la LCGC, tanto más de la LDCU³³: lo que se excluye del control es exclusivamente la fijación directa de las contraprestaciones y la relación calidad/precio, pero esta exclusión, como toda excepción, debe ser interpretada restrictivamente; así, sí son revisables las cláusulas que establecen fórmulas para el cálculo del precio o su modificación o actualización³⁴. El precio o la calidad de la prestación se toman en consideración para contratar en tanto aparezcan claramente establecidos. Toda distorsión de su fijación más básica, más visible, deberá pasar por los filtros legales.

Particular relevancia tiene esto para los contratos bancarios³⁵: las memorias del Banco de España están sembradas de resoluciones señalando como abusivas cláusulas que distorsionan el coste de los servicios del banco, o que permiten a éste alterarlo a su voluntad o por referencias a índices elaborados por la propia entidad, etc.

2) Delimitación del riesgo y cálculo de la prima como elementos esenciales del contrato de seguro.

Y particular relevancia tiene también para los contratos de seguro, paradigma de la superioridad contractual del predisponente-asegurador sobre su cliente-asegurado, del sometimiento de éste a las disposiciones del primero y de la dificultad para el tomador de examinar la razonabilidad del precio y comparar precios y contraprestaciones por la complejidad y heterogeneidad que introduce cualquier variación de la cobertura, por intrascendente que le pueda parecer a primera vista, y por la longitud e ininteligibilidad de los condicionados generales.

Respecto a estos contratos, la afirmación de la Exposición de Motivos de la Directiva de que el riesgo asegurado y el compromiso (de indemnización) se tienen en cuenta para calcular la prima abonada debe ser matizada.

En primer lugar, habrá que comprobar que realmente se han tomado en cuenta los costes actuariales para fijar la prima³⁶, calculando un beneficio empresarial razonable, lo que es algo que ya no está al alcance del asegurado medio, ni

siquiera del juez, sino que se precisa del auxilio de un profesional altamente cualificado, de un actuario de seguros.

En segundo lugar, la delimitación del riesgo y de la indemnización han de ser transparentes, es decir, ha de establecerse de tal forma que el tomador pueda percibirla claramente, sin necesidad de un estudio complejo de la póliza, para que pueda optar entre las distintas opciones del mercado con perfecto conocimiento de todas ellas. Y la realidad es que muy raramente lo son. La experiencia forense confirma una y otra vez que se establece una amplísima cobertura en el documento principal, el que detalla los elementos personales, describe el objeto del seguro y fija la prima, que es lo que el tomador tiene en cuenta al contratar porque es lo que se le muestra, con algunas vagas y rápidas indicaciones sobre la extensión de la cobertura y la entidad de la indemnización; pero después se pretende reducir esa cobertura mediante una serie de cláusulas que pocas veces se explican con el necesario detalle (sobre todo cuando quien "vende" el seguro es un empleado de un banco; también cuando es un agente de la propia compañía aseguradora que cobra por comisión) y que no aparecen contiguas a la descripción inicial de la póliza, sino ocultas en un prolijo y aburrido folleto de condiciones generales que ni siquiera se entrega con antelación a la firma de la póliza, sino a continuación o, con demasiado frecuencia, se envían por correo posteriormente³⁷ (o incluso no se llegan a entregar nunca).

En tercer lugar, esas cláusulas a menudo son contradictorias entre sí y con la descripción de la cobertura que aparece en la póliza, llegando en ocasiones a anular totalmente esta última. Lo mismo cabe decir de las cláusulas que delimitan la indemnización pactada.

Si las cláusulas que delimitan el riesgo o la indemnización no son transparentes, por lo tanto, pueden ser objeto del control del contenido, esto es, del control de lesividad. Pero para que se declaren lesivas y, por ende, nulas, han de ocasionar, de forma contraria a la buena fe, un desequilibrio entre las prestaciones de las partes en perjuicio del asegurado. Y, puesto que, como ya ha quedado expuesto, las primas se corresponden con los riesgos cubiertos y la indemnización prevista, al venir calculadas por métodos actuariales (en la medida en que esto sea cierto), no parece que puedan ser lesivas, al menos en este sentido.

Pero sí cabe que se consideren lesivas si la delimitación del riesgo que se hace es tal que se excluye la cobertura de eventos relativamente frecuentes o que el tomador tenía especial interés en cubrir y así lo expuso al representante de la aseguradora o éste debió presumirlo en razón de las circunstancias del contrato; o que reduzcan la indemnización en forma contradictoria con el sentido de lo que se pretendía asegurar. En estos casos el carácter lesivo

no se manifiesta porque haya un desequilibrio entre prima pagada y riesgo cubierto o indemnización prometida (o, en todo caso, no sólo por eso), sino porque uno u otra se reducen de forma indebida, en contra de las expectativas de aseguramiento que el tomador podía albergar razonablemente; es decir, el asegurado acepta pagar una prima a cambio de la cobertura de un riesgo que, en realidad, está excluido del contrato. El carácter abusivo de estas cláusulas no se evidencia a través de un cálculo matemático, actuarial, que demuestre la falta de equivalencia entre la prima y el riesgo cubierto, sino de la exclusión de cobertura del riesgo temido por el asegurado y del que quería protegerse. Existen numerosos ejemplos en la jurisprudencia, muchos de ellos ya denunciados por la doctrina.

Así, se ha declarado el carácter abusivo de la cláusula que, en los seguros de responsabilidad civil del ramo del automóvil, excluye del concepto de terceros a familiares y empleados del asegurado, porque éstos son los más habituales ocupantes del vehículo, por lo que no es razonable que sean excluidos de esa cobertura³⁸; o la que limita la indemnización por el vehículo siniestrado a su valor venal³⁹. O, en los seguros del hogar, la cláusula que limita la cobertura de los daños causados por agua de lluvia al supuesto de que caiga con una intensidad extraordinariamente elevada, como 40 litros por hora; o la que, en el seguro de responsabilidad civil excluye la cobertura de los daños originados culposamente por el asegurado. También una cláusula que limita las prestaciones, en un seguro de asistencia sanitaria, a las que se puedan llevar a cabo en la provincia de residencia del asegurado, aun cuando éste reciba tratamiento en otro lugar por insuficiencia de los servicios médicos del lugar de residencia⁴⁰. Caso particular constituyen las cláusulas que delimitan temporalmente el ámbito de cobertura en el seguro de responsabilidad civil profesional: después de que el Tribunal Supremo⁴¹ declarase el carácter abusivo de la cláusula *claim made* (que condiciona la indemnización a que el perjudicado reclame el resarcimiento del daño producido durante la vigencia de la póliza dentro de ese mismo período de vigencia o durante un breve período adicional), el legislador, aprovechando la promulgación de la LOSSP de 1995, modificó el art. 73 LCS mediante su disposición adicional sexta, para declarar la admisibilidad de esa cláusula siempre que se establezca un período de reclamación no inferior al año tras la terminación del contrato, o que circunscriba la cobertura a la reclamación dentro de su vigencia pero incluyendo supuestos en que el nacimiento de la obligación de indemnizar haya tenido lugar con anterioridad en, al menos, un año desde el comienzo de efectos del contrato. El legislador "degrada" el carácter abusivo de esta cláusula para dejarla en simplemente limitativa y, por lo tanto, válida si se cumple con los

requisitos del art. 3 LCS⁴², como afirma expresamente la STS 1ª 14-7-2003 (Marín Castán).

En cuanto a las cláusulas limitadoras de la indemnización, es ejemplo sobresaliente por lo frecuentemente que se utiliza, por lo sorprendente que resulta para el asegurado y por su falta absoluta de justificación la que, en los seguros del ramo de vida que cubren la invalidez del asegurado, se remite a una escala para fijar la indemnización en función de la lesión determinante de la invalidez; escala que no se entrega con la póliza, sino como anexo del folleto que recoge el condicionado general⁴³. Se sorprende al asegurado porque, una vez declarada su invalidez, confía en recibir la indemnización fijada en la póliza, y que ahora resulta que es un tope máximo, una referencia a la que se aplica la tabla de porcentajes que aparece en la escala citada; y carece de justificación porque lo que el asegurado pretende cubrir es la situación de invalidez considerada en abstracto, como evento que le impide continuar desarrollando su vida laboral como hasta el presente (invalidez permanente total), todo tipo de actividad laboral (invalidez permanente absoluta) o incluso realizar actividades elementales de la vida cotidiana (gran invalidez), no la pérdida funcional o física de determinado órgano o miembro⁴⁴.

PAGADOR⁴⁵ ha defendido que este tipo de cláusulas serían lesivas por sorprendentes; sostiene que, dado que no es posible que las cláusulas delimitadoras del riesgo sean abusivas por originar un desequilibrio entre las prestaciones correspondientes a las partes, sólo cabrá calificar de lesivas las cláusulas que sorprendan indebidamente al asegurado excluyendo la cobertura de un riesgo que creía tener amparado por la póliza. Asimila, por lo tanto, las cláusulas abusivas a las sorprendentes, cosa incorrecta, pese a la indudable relación que existe entre ambos conceptos⁴⁶, porque la prohibición de las cláusulas sorprendentes no afecta al control del contenido sino al de inclusión⁴⁷. Cláusulas sorprendentes son todas aquéllas que el adherente no pudo esperar que se incluyeran en el contrato por su carácter insólito con relación al tipo contractual, a los usos del comercio, a los tratos previos, a la publicidad, etc., sin que ese efecto de sorpresa haya sido evitado mediante una información adecuada por parte del oferente⁴⁸. De esta manera, como señala ALFARO⁴⁹, *«mientras el control del contenido refleja el sometimiento de las condiciones generales a las normas legales, la regla de las cláusulas sorprendentes pone de manifiesto el sometimiento de las condiciones generales a la autonomía privada»*⁵⁰.

La distinción no es baladí, porque las cláusulas sorprendentes dejan de serlo si son objeto de una información adecuada, mientras que las abusivas seguirán siendo nulas por mucho que se informe al adherente sobre su relevancia⁵¹, y, con las matizaciones expuestas más arriba para el caso de que

el asegurado sea consumidor, el control de las cláusulas abusivas no afecta en general a las que regulan los elementos esenciales del contrato, mientras que el de las cláusulas sorprendentes sí⁵², lo que hace inviable la tesis de PAGADOR.

Aquí, las cláusulas abusivas efectivamente tienen un efecto altamente sorprendente para el adherente, como en general lo tienen en prácticamente todos los casos⁵³, pero además alteran el equilibrio contractual considerado por el asegurado al excluir la cobertura de unos riesgos cuya previsión le determinó a contratar, de tal forma que aceptó pagar una prima contra la seguridad que le ofrecía esa esperada cobertura, en realidad inexistente. Es decir, que el pago de la prima deviene carente de causa⁵⁴.

Cosa distinta es que las cláusulas limitativas de derechos puedan ser ineficaces por sorprendentes si no son lesivas (y seguramente es en esto en lo que pensaba PAGADOR), como veremos más adelante.

3) Viabilidad del negocio asegurador y causa del contrato de seguro.

En cuanto al segundo orden de argumentos en contra de que las cláusulas delimitadoras del riesgo puedan ser lesivas, su refutación es sencilla: una cosa es la necesaria determinación de los riesgos a cubrir para que el negocio asegurador sea viable y otra cómo se excluyen, o incluso que se excluyan aquéllos que el asegurado pudiera tener más interés en cubrir, y cuya previsión le decidan a suscribir el contrato, de forma que éste quede sin causa.

Es perfectamente admisible que las compañías aseguradoras pretendan delimitar el ámbito de cobertura que están dispuestos a asumir con el fin de garantizar la viabilidad de su negocio. Pero han de hacerlo respetando los parámetros elementales del contrato: de forma que sobre esa delimitación concorra el consentimiento informado del asegurado, siga ofreciendo una cobertura real y que se corresponda con lo que el asegurado desea cubrir a cambio de su prestación, del pago de la prima. Conforme se acaba de exponer, si se defraudan las expectativas sobre las cuales el asegurado se decidió a contratar, excluyendo la cobertura del riesgo que quería cubrir y por la que pagó una prima, el contrato queda sin causa.

IV) REQUISITOS DE INCORPORACIÓN AL CONTRATO.

El art. 3.1 LCS establece una serie de reglas tendentes a garantizar el conocimiento por el asegurado de todo el contenido normativo que el asegurador pretende dar al contrato, constituyendo lo que se ha denominado el control de inclusión en el contrato, análogo al establecido por la LCGC respecto a las condiciones generales de la contratación y la

LDCU respecto a las cláusulas impuestas por un profesional a los consumidores.

Así, exige en primer lugar que "las condiciones generales(...) habrán de incluirse por el asegurador en la proposición de seguro si la hubiere y necesariamente en la póliza del contrato o en un documento complementario, que se suscribirá por el asegurado y al que se entregará copia del mismo." En segundo lugar, ordena que "las condiciones generales y particulares se redactarán de forma clara y precisa." Y, en tercer lugar, establece que "se destacarán de modo especial las cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados, que deberán ser específicamente aceptadas por escrito."

Si para la existencia de un contrato es indispensable la concurrencia de la voluntad de dos partes sobre su objeto y causa, es evidente que, para que ello sea posible, es necesario que la parte aceptante conozca la oferta de la otra; si no tuvo oportunidad de conocerla, su manifestación de voluntad carecería de validez por falta de objeto. El control de inclusión, dentro de la teoría contractualista que sigue el legislador, trata de posibilitar que la oferta del asegurador sea íntegramente conocida por el asegurado para que éste pueda decidir si le interesa contratar con uno u otro de los competidores en el mercado en función de lo que cada uno ofrezca; y, en el caso de que llegue a contratar con alguno de ellos, que esa adhesión pueda ser válida, que las condiciones generales pasen a integrar el contrato por haber recaído sobre ellas el concurso de oferta y aceptación. De esta forma, el contrato se regirá exclusivamente por aquello que se puso en conocimiento del tomador previamente a su suscripción, evitándole desagradables sorpresas⁵⁵. Ahora bien, no hay que confundir la superación de este control de inclusión con un consentimiento contractual pleno, puesto que nos encontramos ante contratos de adhesión: las cláusulas que hayan superado este control aún deberán pasar el de contenido⁵⁶. Téngase en cuenta que en los contratos de adhesión el adherente no goza de la libertad de configuración del contrato, sino sólo de la de contratar, y aún ésta seriamente limitada en muchos casos; en consecuencia, la simple adhesión no puede convalidar sin más el contenido de las condiciones generales⁵⁷, ya no garantiza que éstas sean equitativas en el sentido de la contratación tradicional, expresado por los aforismos *qui dit contractuel dit juste* y *volenti non fit injuria*, lo que hace necesario un control del contenido que reemplace al que ya no puede realizar el adherente. Por eso mismo, este control no puede concebirse como un límite a la autonomía de la voluntad, sino todo lo contrario, como un medio para preservarla; lo único que limita es la libertad de empresa, en cuanto la somete al principio de buena fe⁵⁸.

1) Entrega y suscripción de las condiciones generales.

Con el primer requisito se quiere evitar la práctica viciosa, tan extendida, de no entregar el clausulado general hasta que está firmado el contrato, en muchos casos enviándolo por correo posteriormente, y en algunas ocasiones incluso no entregándolo en absoluto, tratando así de impedir que el asegurado conozca la amplitud real de la cobertura asegurada, las limitaciones al pago de la indemnización pactada u otras exigencias formales que servirán posteriormente, si se produce el siniestro, para eludir su pago. Está claro que todo lo que el asegurado no hubiera podido conocer al tiempo de firmar el contrato no forma parte del mismo. La suscripción del condicionado general es una forma de garantizar su conocimiento en el momento de la conclusión, para que la póliza llegue a ser eficaz en su integridad y cumpla con su función normativa⁵⁹, aunque lo deseable sería que se exigiera que se prestase ya la información necesaria en un momento anterior, con tiempo suficiente para poder estudiar la oferta, en todo caso y no sólo cuando hubo proposición de seguro⁶⁰; si se quiere que este requisito sea efectivo habrá que hacer una interpretación extensiva de la letra del precepto en el sentido indicado⁶¹.

La entrega de la copia del condicionado general contra la firma de la recepción cumple también una función garantista para ambas partes: permitirá que el asegurado conozca adecuadamente qué contrata, y que no se olvide del contenido contractual pactado (hay que tener en cuenta que si el agente del asegurador explica verbalmente al tomador el alcance del contrato, es fácil que éste no recuerde después todas las explicaciones recibidas); y el asegurador podrá acreditar su aceptación y hacer valer las exclusiones o limitaciones previstas⁶².

El gran problema práctico que se plantea es cómo acreditar la entrega del condicionado general. SÁNCHEZ CALERO⁶³ dice que basta con que quede constancia de la entrega, lo que puede hacerse mediante una declaración al efecto por parte del tomador, sin que sea necesario que el asegurador conserve sendos duplicados firmados por todos los tomadores de sus seguros. Ciertamente, puede parecer excesivamente costoso pretender que la aseguradora deba conservar tantos condicionados generales firmados como contratos celebrados, con los consiguientes gastos de almacenamiento. Sin embargo, la fórmula que se ha diseñado por la mayoría de las aseguradoras para solucionar este problema sirve también para burlar todo el sistema del art. 3 LCS mediante un evidente fraude de ley: en la parte inferior del documento principal de la póliza se incluye una cláusula, en letra diminuta, que dice que el tomador declara que conoce y ha recibido un ejemplar del condicionado general, y que acepta expresamente las cláusulas limitativas de sus

derechos. Esta supuesta declaración del tomador constituye una verdadera condición general que no se corresponde con la realidad en la mayoría (¿en la totalidad?) de los casos y, bajo la apariencia de que pretende cumplir con lo dispuesto en el art. 3 LCS, lo que hace es eludir su sentido y evitar la entrega al tomador del condicionado con las cláusulas limitativas de sus derechos, ante el temor de que, de conocerlas, no quiera concluir el contrato. Esta cláusula está hoy expresamente prohibida por el n° 20 de la disposición adicional primera de la LDCU: «A los efectos previstos en el artículo 10 bis, tendrán el carácter de abusivas al menos las cláusulas o estipulaciones siguientes: (...)10. Las declaraciones de recepción o conformidad sobre hechos ficticios, y las declaraciones de adhesión del consumidor a cláusulas de las cuales no ha tenido la oportunidad de tomar conocimiento real antes de la celebración del contrato⁶⁴.» Pero incluso aunque la lista negra de condiciones generales prohibidas no contemplase este supuesto, esa cláusula no podría tener eficacia alguna, no podría conseguir que las condiciones generales limitativas de derechos del asegurado no suscritas específicamente fuesen válidas porque no se ajusta a la previsión del art. 3 LCS⁶⁵, y de hecho así lo hacen las SsTS 1ª 17-12-2002 (Romero Lorenzo), 20-11-2003 (González Poveda) y 31-12-2003 (Marín Castán)⁶⁶. Por consiguiente, este requisito, unido al tercero, exige para una adecuada prueba de su cumplimiento que el asegurador conserve un duplicado del condicionado general firmado por el tomador al principio o al final y con firma también de cada cláusula limitativa. Téngase en cuenta, además, que al establecer el tercer requisito, la aceptación expresa de las cláusulas limitativas, se precisa que esa aceptación ha de hacerse por escrito; lógicamente, esa aceptación escrita deberá quedar en poder del asegurador para que éste tenga prueba de ella, por lo que necesariamente deberá conservar el duplicado de lo aceptado.

2) Claridad y precisión en la redacción de las cláusulas contractuales.

El segundo requisito persigue eliminar no sólo la oscuridad o ininteligibilidad de las cláusulas contractuales, o su ilegibilidad por estar impresas en letra diminuta, sino también la ambigüedad derivada de previsiones contradictorias. La contratación en masa exige la máxima fluidez en la negociación de los contratos, simplificando todo lo posible los trámites necesarios para llegar a su perfección, por lo que los contactos previos se reducen a un mínimo. Ante la ausencia de una negociación detallada, el oferente debe facilitar al adherente toda la información precisa para que conozca en qué consiste exactamente su oferta y, por ende, a qué se obligará y qué derechos tendrá. Esta obligación de información, que resultaría contrapuesta a la rapidez del

tráfico recién apuntada, se puede llevar a cabo mediante la predisposición del contrato en una forma clara y sencilla, utilizando un lenguaje llano, sin términos jurídicos o técnicos, que permita al adherente alcanzar ese conocimiento con una simple lectura, sin más aclaraciones⁶⁷.

Esta exigencia de claridad y precisión se extiende también a las condiciones particulares porque son frecuentes los casos en que la propia definición del riesgo asegurado es confusa⁶⁸.

Ahora bien, la exigencia de claridad y precisión que contiene el art. 3 LCS se queda corta frente a la letra de la LCGC y la LDCU. Así, el art. 5.4 LCGC habla de transparencia, claridad, concreción y sencillez, requisitos muy apropiados para los contratos de seguro, que son modelo precisamente de complejidad y falta de transparencia. En parecido sentido, el art. 10.1 a) LDCU menciona la concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa. Según ya se ha explicado más arriba, las condiciones generales de los contratos de seguro deben cumplir con las exigencias de la LCGC; y todas las cláusulas que sean impuestas por el asegurador al asegurado, con las de la LDCU.

Este requisito tiene una particularidad en cuanto a sus efectos: a diferencia de los demás, su incumplimiento no conduce directamente a la ineficacia de la cláusula en cuestión, sino que su consecuencia dependerá de la forma del incumplimiento: si la cláusula es ilegible o ininteligible será ineficaz, si es ambigua u oscura en el sentido de admitir varias interpretaciones, deberá buscarse su sentido conforme a las reglas de interpretación de los contratos, entre las que destaca en este ámbito la regla de interpretación *contra stipulatorem*⁶⁹. Sin embargo, otro sector de la doctrina⁷⁰ entiende que la aparente concurrencia del control de inclusión y de las reglas interpretativas se solventa por la aplicación de las primeras si la oscuridad es grave y de las segundas si es de menor entidad⁷¹. Esta postura vendría avalada por la redacción de los arts. 6.2 y 7 b) LCGC: el art. 6.2 introduce la regla de interpretación pro adherente en caso de dudas en la interpretación, mientras que el 7 b) ordena la no incorporación al contrato de las condiciones generales ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles. Entiendo que esto no se compadece con el sentido del control de inclusión ni de las reglas de interpretación: el primero trata de permitir el conocimiento de las cláusulas que regirán el contrato, lo que excluye la eficacia de las que no se pueden leer o comprender, pero no necesariamente de las que resulten oscuras, ya que su sentido se puede aclarar por otros medios: justamente mediante la utilización de las reglas de interpretación de los contratos, entre la que se encuentra la regla de interpretación *contra proferentem*.

Por otro lado, discrepo parcialmente de la opinión de SÁNCHEZ CALERO⁷² cuando afirma que el criterio interpretativo del art. 1.288 CC no es aplicable cuando el autor de la cláusula oscura no es el asegurador, particularmente cuando es la Dirección General de Seguros. La obligación de ser claro afecta al oferente en todo caso, de manera que si utiliza textos ya predispuestos por otras personas está obligado a aclarárselos a sus clientes, pues es él quien los utiliza profesionalmente y quien tiene la oportunidad de eliminar esa oscuridad. El asegurado, desconocedor de las particularidades de cada contrato, no puede verse perjudicado por la dejadez de la compañía aseguradora en facilitarle una información adecuada sobre el sentido de la cláusula cuestionada. Lógicamente, si se trata de un texto aprobado reglamentariamente, el asegurador debe respetarlo, pero ofreciendo al tomador las aclaraciones que sean necesarias.

3) Resaltado y suscripción específica de las cláusulas limitativas.

El tercer requisito es un añadido al régimen del primero, extendido a toda cláusula limitativa, sea o no general: no basta con la suscripción genérica del contrato y del condicionado general, sino que se quiere garantizar el conocimiento (es decir, la contractualidad) por el tomador de las cláusulas limitativas de sus derechos obligando a que se destaquen especialmente y se firmen por separado⁷³. Se han preguntado doctrina y jurisprudencia, al menos la menor, cómo han de destacarse esas cláusulas: si basta con que estén impresas en mayúsculas, en negrita, en un color distinto que el resto del clausulado o agrupadas aparte⁷⁴; dada la complejidad que llegan a alcanzar los clausulados de algunas compañías y algunos ramos, habrá que valorar en cada caso qué es suficiente. Si el condicionado general consiste en un cuaderno de cuarenta páginas, es evidente que no bastará con que varias cláusulas estén en mayúsculas o en negrita: será exigible que se agrupen para que puedan ser señaladas al tomador y se aperciba de su existencia, identidad y contenido de una ojeada y, en su caso, las suscriba con un adecuado conocimiento⁷⁵.

En cuanto a que las cláusulas limitativas deban aprobarse por separado, se ha planteado si esto obliga a la suscripción individual de cada cláusula limitativa, sin que sea suficiente una firma global. Entiendo, con la doctrina mayoritaria, que esta interpretación puede ser demasiado rigurosa según las circunstancias; obviamente, si las cláusulas limitativas están dispersas por todo el condicionado general, sí deberán ser aprobadas una a una; pero si se presentan agrupadas en un documento aparte, o al principio o final de la póliza, con la indicación clara de que constituyen las cláusulas que limitan los derechos del asegurado en uno u otro sentido, es posible una firma única

para todo el conjunto de cláusulas limitativas, siempre que sea suficientemente expresiva de que abarca a todas ellas y de su identificación concreta, sin que sea suficiente una referencia genérica. Por otro lado, este sistema se ha considerado por algunos autores como el más indicado para constatar el conocimiento verdadero, más allá del simple formulismo del "firme Vd. aquí, aquí, aquí y aquí"⁷⁶.

SÁNCHEZ CALERO⁷⁷ considera suficiente la declaración del tomador de que «acepta específicamente las cláusulas número 6, 12 y 27, que son limitativas de los derechos del asegurado, cuyo contenido se conoce y que figuran destacadas en el documento que el asegurador le ha entregado.» La STS 1ª de 22-1-1999 (Villagómez Rodil) admite la aprobación mediante la remisión a unas cláusulas que se indican numéricamente y estén convenientemente destacadas, aunque en ese caso la cláusula cuestionada no llega a alcanzar eficacia porque la parte cuestionada, curiosamente, no estaba destacada, aunque el resto sí lo estaba; también la admite la STS 1ª de 7-12-1998 (González Poveda), y en este caso sí llega a concederle eficacia plena (debe señalarse, además, que el adherente era un Ayuntamiento). Ya he expuesto que es nula por abusiva, e incluso por contraria a la Ley, la cláusula que pretende cumplir mediante la declaración, simulada, del asegurado de que conoce y acepta las cláusulas limitativas; aquí se añade un plus: se citan específicamente cuáles son esas cláusulas; a pesar de que las sentencias citadas hayan admitido este sistema, creo que no es suficiente para entender cumplidos los requisitos de inclusión del art. 3 LCS ya que éstos exigen la suscripción específica de esas cláusulas limitativas, y su aceptación a través de una remisión que haga una cláusula impresa no es lo mismo; cosa distinta es que esa cláusula no esté impresa, sino que se haya incluido en un documento complementario elaborado por acuerdo de ambas partes y exista constancia de que el asegurado realmente conoció las cláusulas limitativas (o debió conocerlas, en razón de su condición, como podría entenderse en el caso de la STS últimamente citada, puesto que hay que suponer que el Ayuntamiento actúa debidamente asesorado). Por lo tanto, habrá que estar al caso concreto para decidir si es bastante esta firma global o se precisa la individualizada.

Incluso CARMONA ha llegado a afirmar⁷⁸ que el conocimiento se puede probar por otros medios, como la confesión del asegurado, o inferir de su conducta, como en el caso que cita de la STS 1ª de 9-2-1994 (comentada más adelante) en que el Alto Tribunal concluyó que la asegurada conocía que el seguro voluntario del automóvil no cubría a los ocupantes porque contrató también el seguro de ocupantes; sigue diciendo, sin embargo que estas pruebas no pueden operar de la misma forma frente a quien contrató el seguro que frente a los demás afectados: asegurado, beneficiario, tercero perjudicado, para cuya protección es necesario que se resalte adecuadamente la cláusula limitativa. Un caso más

claro es el examinado en la STS 1ª 13-7-2002 (Romero Lorenzo), en que el asegurado era administrador único de la sociedad tomadora del seguro, sociedad que era a su vez agente afecto de la aseguradora, y el demandante confesó conocer el contenido del seguro. En todo caso, lo que es evidente es que este requisito excluye la validez de la cláusula que simula la declaración por el tomador de su conocimiento y aceptación de todas las cláusulas limitativas.

Por todo ello, salvo excepciones muy claras, como las de las dos sentencias aludidas, es precisa una triple, si no múltiple, firma para superar el control de inclusión: la del contrato en general, la de las condiciones generales y la(s) de la(s) cláusula(s) limitativa(s)⁷⁹.

4) Por qué no se cumplen los requisitos de incorporación al contrato.

Algunos autores⁸⁰ se han manifestado sorprendidos por que las aseguradoras no hayan modificado inmediatamente su práctica negocial, adaptándola a los requisitos del art. 3 LCS, lo que inmediatamente convalidaría sus condicionados generales, con sus cláusulas limitativas (salvo que se considerasen lesivas, lo que traslada el problema al control del contenido).

La razón es puramente económica, de análisis comparativo de costes: los costes que supondría la comunicación debida a los tomadores de todo el condicionado general, con sus exclusiones de cobertura y limitaciones de la indemnización, y los que tiene no efectuar esa comunicación. La comunicación del clausulado con todos los requisitos del art. 3 LCS, además del coste material del papel empleado y su almacenamiento y de los medios personales precisos para informar a los asegurados, tendrá el coste fundamental de pérdida de competitividad: un porcentaje muy alto de potenciales contratantes renunciarían a suscribir el seguro si llegasen a enterarse de todas las limitaciones que pretende incluir la aseguradora; o, dado que desconocen la correspondencia actuarial entre riesgo y prima⁸¹, acudirían a otro competidor que, menos escrupuloso, les ocultase esas limitaciones y les ofreciese un precio igualmente competitivo; todo lo cual haría inviable la actividad aseguradora tal como está ahora planteada.

En cambio, la práctica de continuar sin informar de todas las limitaciones existentes permite celebrar muchos más contratos; tiene el coste de que, cuando se produzca un siniestro que se pretendía excluir, el perjudicado reclame judicialmente y obtenga una sentencia favorable⁸². Pero ese peligro es estadísticamente reducido: en primer lugar, porque no se aceptará (o, mejor, no se debería aceptar) asegurar a quienes se encuentren en un riesgo grave (salvo que se le imponga una prima muy elevada); en segundo lugar porque,

producido el siniestro, un gran número de personas desconocen sus derechos y se creen la afirmación del representante de la aseguradora de que están vinculados por el clausulado general, aunque no se hayan cumplido las formalidades del art. 3 LCS; en tercer lugar, porque, aún conociendo sus derechos, la mayoría de afectados no se deciden a acudir al juzgado para evitarse conflictos, por pereza o por el alto coste y riesgo que se corre: en caso de pérdida del litigio con costas la cantidad a desembolsar puede ser muy elevada. En cualquier caso, las costas para los particulares son muy superiores que los del asegurador: una eventual condena en costas del asegurado genera honorarios calculados en función de la cantidad reclamada, mientras que para la aseguradora el cálculo irá en función de la cantidad concedida, posiblemente inferior; también el coste de los profesionales propios son mayores: el asegurado deberá negociar unos honorarios para un caso concreto, mientras que el asegurador tiene sus profesionales contratados por unas tarifas habitualmente muy inferiores a las generales; y la proporción entre el coste y la capacidad económica de uno y otro es abismal. Por lo tanto, los aseguradores seguirán sin cumplir con lo dispuesto en el art. 3 mientras ese incumplimiento no dé lugar a un mayor coste.

La solución ha de venir por la acumulación de una batería de medidas: una mayor información al público, una simplificación y abaratamiento de los trámites judiciales, con un sistema novedoso de imposición y tasación de costas; una legitimación amplia de las asociaciones de consumidores, con una mayor promoción de sus funciones; y una mayor intervención de la administración en la vigilancia y sanción de las conductas fraudulentas, tanto en la mecánica contractual como en la redacción de las condiciones generales, al modo de los *ombudsman* de los consumidores escandinavos. Todo ello debería conducir a que los aseguradores presentasen a sus potenciales clientes una exposición clara de la cobertura e indemnización que ofrecen y de la prima que le corresponde, con diversas opciones de mayores coberturas o indemnizaciones a un mayor coste, de forma que se perciba claramente que la ampliación o reducción de riesgos cubiertos se corresponde con un precio mayor o menor⁸³.

5) LA DISTINCIÓN ENTRE CLÁUSULAS LESIVAS Y CLÁUSULAS LIMITATIVAS.

Ya he señalado más arriba que parece difícil concebir, en el ámbito de los contratos de adhesión, qué cláusulas limitativas de derechos puedan no ser lesivas, es decir, abusivas. Aparentemente, ambas cosas han de ser lo mismo, por lo que no tendría sentido que se exijan ciertos requisitos

para la eficacia de las cláusulas limitativas si, en general, las lesivas están prohibidas.

Sin embargo, las particularidades de los contratos de seguro permiten que determinadas cláusulas que limitan los derechos del asegurado no alteren el normal equilibrio de prestaciones: son las que limitan el riesgo o la indemnización, puesto que (mejor: siempre que) la contraprestación, la prima, se calcula por métodos actuariales en función del nivel de riesgo y de la cuantía de la indemnización. Ahora bien, dado que, insisto, nos encontramos ante contratos de adhesión, debe exigirse un especial cuidado para que esas limitaciones sean conocidas y aceptadas por el adherente y, por ende, lleguen a ser válidas, sin que la simple adhesión pueda considerarse como verdadero consentimiento contractual de cualquier condición general. Desde el momento en que el tomador conoce el ámbito de riesgo cubierto y las condiciones para el pago de la indemnización, y la prima que ha de pagar en contraprestación, comprendiendo que toda limitación del riesgo o de la indemnización se corresponde con una reducción de la prima, esas limitaciones dejan de ser abusivas (salvo que reduzcan el contenido del contrato de forma inaceptable), precisamente porque han sido seleccionadas por el adherente, porque han constituido la base sobre la que se ha decidido a contratar.

De ello se deduce que los conceptos de cláusulas lesivas y limitativas operan en dos ámbitos distintos: el de cláusulas lesivas se corresponde con el control del contenido (la prohibición de cláusulas abusivas) mientras que el de cláusulas limitativas se corresponde con el control de inclusión (la no incorporación al contrato de las cláusulas desconocidas, inesperadas por el adherente). Así, en el sistema del art. 3 LCS toda cláusula limitativa deberá superar el control de inclusión en el contrato y después el del contenido para ser válida⁸⁴.

Volviendo a lo antes dicho respecto a la tesis de que cláusulas lesivas serían las sorprendentes⁸⁵, esta sucesión de controles descarta que las cláusulas limitativas puedan ser sorprendentes: si superan el control de inclusión dejan de serlo, por muy insólitas que sean. Son sorprendentes las cláusulas que efectivamente producen sorpresa al adherente, por lo que si se pusieron en su conocimiento y las aceptó ya no le pueden sorprender⁸⁶.

V) SOBRE LA DISTINCIÓN ENTRE CLÁUSULAS LIMITATIVAS Y DELIMITADORAS DEL RIESGO O LA INDEMNIZACIÓN

Esto nos obliga a preguntarnos: ¿cuáles son esas cláusulas limitativas que deben destacarse especialmente y aceptarse por separado? ¿Son algo distinto que las cláusulas delimitadoras del riesgo?

Prácticamente todos los autores⁸⁷ establecen una diferencia teórica entre cláusulas limitativas y delimitadoras del riesgo o la indemnización, en cuanto que la cláusulas limitativas pueden afectar a cualquier derecho subjetivo del asegurado, mientras que las delimitadoras del riesgo o la indemnización afectan concretamente a estos aspectos.

Por otra parte, puesto que la cobertura del riesgo y la indemnización son elementos esenciales del contrato al constituir la prestación a cargo del asegurador, se afirma que su determinación no puede constituir limitación de derechos: lo que se hace es definirlos, establecerlos, y sólo a partir de ahí puede decirse que las partes tienen derechos. No puede haber limitación de algo que todavía no se ha otorgado; se trata de atender a criterios lógicos y cronológicos: las cláusulas delimitadoras del riesgo corresponden a una primera fase en que se atribuyen al asegurado unos determinados derechos, asumiendo el asegurador unas obligaciones correlativas, mientras que las cláusulas limitativas se sitúan en una segunda fase, limitando aquellos derechos previamente atribuidos por la ley o el contrato. Además, el consentimiento, el acuerdo contractual recae justamente sobre esos elementos esenciales del contrato, por lo que es reiterativo exigir nuevos formalismos para expresar ese acuerdo⁸⁸.

Sin embargo, después de establecer esa distinción algunos de ellos la difuminan al sostener que cuando «delimitan el riesgo en forma no frecuente o usual, constituyen de hecho una limitación de los derechos del Asegurado⁸⁹», lo que permite asimilarlas a las cláusulas limitativas en ese caso; o que cuando "limiten de modo sorprendente el riesgo podrán ser asimiladas a estos simples efectos a las cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados⁹⁰".

Más allá van quienes las diferencian en el sentido de matizar que las delimitadoras son limitativas pero que también existen cláusulas limitativas que no delimitan el riesgo⁹¹; o que "(l)a materia en que más suelen prodigarse (las cláusulas limitativas) es la relativa a la determinación del riesgo asumido por la aseguradora⁹²."

Para aumentar la confusión, TAPIA, que, según hemos visto, se ha mostrado decidido partidario de la tesis de la distinción tajante entre ambos tipos de cláusulas, se refiere posteriormente⁹³ a la posibilidad de que la exclusión de cobertura de algunos riesgos impliquen cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados, por lo que deben cumplir los requisitos generales del art. 3 LCS; no expone, sin embargo, en qué casos ambas categorías llegan a confundirse. Eso sí, previamente, y para evitar problemas, había indicado⁹⁴ que es recomendable que en la práctica se dé a las cláusulas delimitadoras el mismo tratamiento que a las

limitativas, cumpliendo los requisitos del art. 3 LCS siempre que se puedan suscitar dudas acerca de sus efectos limitadores de los derechos del asegurado.

Aún más, GUIASOLA⁹⁵, decidido partidario de la distinción y de la validez de las cláusulas delimitadoras del riesgo incluso sin suscripción individualizada, aunque se encuentren entre las condiciones generales del seguro, dice que cuando el Tribunal Supremo aplica los requisitos exigidos por el art. 3 LCS para la validez de las cláusulas limitativas a las delimitadoras del riesgo lo hace correctamente, porque en realidad las cláusulas a las que lo aplica son las de exclusión de responsabilidad o de exclusión del riesgo; cabría preguntarse: ¿pero no es justamente de eso de lo que tratan las cláusulas delimitadoras del riesgo?

Tras esas consideraciones teóricas, observemos la práctica negocial: en el documento principal del contrato se suele hacer una descripción muy genérica, amplísima, del riesgo cubierto. Como ya he señalado, éste es el único documento que conoce el tomador, ya que el condicionado general habitualmente no se le entrega, si se entrega, hasta después de la firma de aquél. Ahora bien, esa descripción amplia viene después recortada por las «cláusulas delimitadoras» contenidas en el condicionado general. Si, como se acaba de indicar, este condicionado general no es conocido, si lo es, hasta después de firmada la póliza, difícilmente puede sostenerse que sea parte del contrato, que haya habido acuerdo sobre esas «cláusulas delimitadoras». No se puede decir que definen los derechos contractuales del asegurado, sin recortarlos, si éste no las conoció antes de firmar el contrato. No constituyen ningún *prius* lógico del contenido obligacional del contrato, sino algo que se introduce a posteriori. Esas cláusulas, en la práctica, rarísimas veces superan los controles establecidos por el art. 3 LCS para garantizar que los asegurados tuvieron una posibilidad real y efectiva de conocerlas y entenderlas y que su contenido no altera el normal equilibrio de derechos y obligaciones de las partes. El asegurado se habrá formado unas expectativas sobre los riesgos cubiertos y las indemnizaciones a percibir de producirse el siniestro en función de lo que diga la póliza y lo hablado con el representante de la aseguradora, pero no en función de un clausulado general que desconoce. Por lo tanto, con independencia de cuál sea el sentido de las condiciones generales, si no han superado los controles legales no puede admitirse que hayan formado parte del acuerdo, que hayan sido aceptadas y, por lo tanto, que se hayan incorporado al contrato, sino que no serán más que unas pretendidas imposiciones unilaterales por parte del oferente al adherente⁹⁶.

Todo esto nos puede conducir a la siguiente conclusión: la concreción del riesgo asegurado no constituye limitación de derechos del asegurado cuando se encuentra en la propia

descripción del riesgo del documento principal, mientras que sí limitará sus derechos cuando se contenga en las cláusulas particulares, especiales o generales. Así, p.ej., si se suscribe un seguro que establezca el pago de una indemnización de diez millones de pesetas en el caso de que ocurra un siniestro descrito así: "muerte del asegurado en accidente, excluido el infarto de miocardio", la exclusión indicada no restringe ningún derecho, sino que está describiendo lo que se asegura; en cambio, si el riesgo se describe como "muerte del asegurado en accidente" y la exclusión del infarto se encuentra en el condicionado general, esa delimitación habrá que entenderla limitativa de derechos, máxime a la vista de la jurisprudencia que conceptúa el infarto como accidente en determinados casos⁹⁷. Lo mismo cabe decir si lo que se limita es la indemnización; obsérvese la diferencia entre los siguientes supuestos:

Supuesto 1: "Riesgo: Accidente que dé lugar a invalidez permanente total." "Indemnización: 10.000.000.-ptas."

En el condicionado general se incluye una cláusula que dice: "la invalidez se determinará conforme al baremo unido como anexo nº 1, correspondiendo a cada lesión la indemnización que se expresa en el mismo."

Supuesto 2: Riesgo: Accidente que dé lugar a invalidez permanente." "Indemnización: hasta 10.000.000.-ptas., según baremo unido como anexo nº 1." Dicho baremo se entrega con el documento en que figuran las anteriores declaraciones y está suscrito por el tomador.

Es evidente que el primer supuesto limita severamente los derechos del asegurado, hasta el punto de que la reducción de la indemnización según el baremo constituye una cláusula abusiva, mientras que el segundo concreta correctamente la indemnización contratada.

Analizando esta cuestión, la doctrina ha manifestado que cláusula limitativa es aquélla que "recorte la posición jurídica que, de no pactarse una determinada cláusula, tendría el asegurado⁹⁸", que "reduzca la cobertura «ordinaria» que cabría esperar a la vista del tipo del aseguramiento, de su objeto principal y de la finalidad económica del contrato⁹⁹"; por el contrario, cláusulas delimitadoras del riesgo, no limitativas de derechos, serán "las condiciones prerredactadas que se corresponden con el «ámbito razonable» de cobertura de un contrato de seguro atendiendo al *nomen* del mismo¹⁰⁰. Si la posición jurídica del asegurado, el tipo, objeto y finalidad económica del contrato se reflejan en la descripción básica de los elementos esenciales del contrato, todas las cláusulas que posteriormente vengan a recortarlo serán limitativas (o incluso lesivas, si hacen que el contrato pierda su finalidad económica).

Por lo tanto, la cláusula delimitativa del riesgo o la indemnización no podrá considerarse limitativa de derechos del asegurado porque expresa el riesgo o la indemnización que se contratan cuando se encuentre en su descripción básica, en el documento que describe los elementos básicos del contrato, mientras que sí constituirá cláusula limitativa de derechos cuando se encuentre entre las generales, especiales o particulares, por lo que en este caso deberá cumplir con todos los requisitos del art. 3 LCS para ser válida. A menos que esa delimitación se corresponda fielmente con el contenido típico del tipo de seguro contratado, sea únicamente una manifestación expresa de algo ya ínsito en el tipo contractual y, más en concreto, a cómo se haya manifestado ese tipo en el documento principal, por lo que debe ser esperada por el asegurado¹⁰¹. Así, toda delimitación restrictiva de lo que el asegurado podría esperar conforme a lo manifestado en el documento principal, a lo que se corresponda con el tipo contractual, teniendo en cuenta de manera especial los tratos previos (particularmente cuando se pone de manifiesto la intención de cubrir determinado riesgo, o que se contrata por un motivo concreto) deberá cumplir con los requisitos exigidos a las cláusulas limitativas.

Pongamos algunos ejemplos: siguiendo con el anteriormente utilizado, la cláusula que excluye la muerte por infarto de miocardio en los seguros de accidentes es muy frecuente en la práctica, lo cual no evita que sea limitativa: cuando un padre de familia suscribe un seguro de ese tipo es con la intención de que los familiares que de él dependen reciban una cantidad que salvaguarde su situación económica tras su muerte inesperada; y tan inesperado es el accidente automovilístico o laboral como el cardíaco o vascular. En el caso del seguro que cubre los daños materiales que sufra una explotación industrial por agentes externos, suelen excluirse los daños que provengan de riadas, vertidos tóxicos, etc.; esta cláusula, que puede ser razonable en la mayoría de los casos, no lo será si se asegura una piscifactoría emplazada en la vera de un río, puesto que el riesgo principal que corre es el proveniente de que el río suba su nivel o de que sus aguas bajen contaminadas por algún vertido aguas arriba; esto determinará que esa cláusula pueda ser limitativa e incluso lesiva, en razón del interés del asegurado, que forzosamente tuvo que conocer el asegurador.

No tiene sentido la artificiosa distinción entre cláusulas limitativas y delimitadoras del riesgo para excluir del régimen del art. 3 LCS a todas las que se pueda incluir dentro del segundo concepto, como pretenden los defensores de las aseguradoras, porque ello supondría que se exigirían mayores garantías para incorporar al contrato cláusulas de menor relevancia jurídico-económica que para la de las que más transcendencia tienen en ese aspecto¹⁰². El legislador estaba pensando sin duda en las cláusulas delimitadoras del

riesgo y de la indemnización cuando introdujo un régimen específico para su válida incorporación al contrato, calificándolas de limitativas de derechos, con la acertada idea de que cabe la incorporación de estas cláusulas al contrato, aunque reduzcan los derechos del asegurado y se trate de contratos de adhesión, siempre que actuando, con buena fe, se evite sorprenderle, la restricción esté justificada por motivos económicos y sea razonable.

De esta manera se conjuga la confusa exposición de la materia por parte de la doctrina y la práctica negocial: tal como exponen los autores citados al comienzo de este apartado, la delimitación del riesgo no limita derechos del asegurado porque lo que hace es expresarlos, pero siempre que esa delimitación se recoja en el documento principal del contrato o cuando se corresponda con el tipo de seguro contratado; ahora bien, cuando, una vez expresado el ámbito de cobertura, ésta se pretende recortar por medio de condiciones generales, como ocurre tan frecuentemente, sí se limitan los derechos del asegurado. Se respeta así el orden lógico y cronológico en la formación del contrato, en la definición de los derechos de las partes, ajustándose a la realidad del mercado¹⁰³.

SEGUNDA PARTE: ESTUDIO JURISPRUDENCIAL.

VI) LA CUESTION EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO. CASOS CONCRETOS.

La posible distinción entre cláusulas limitativas de derechos y cláusulas delimitadoras del riesgo, y su eventual tratamiento diferenciado, parece haber alcanzado una mayor oscuridad como consecuencia de su tratamiento jurisprudencial. Esto es así porque pueden encontrarse numerosas sentencias que mantienen esa diferencia de conceptos y tratamientos, mientras que otras muchas sostienen que las cláusulas delimitadoras del riesgo no son más que una parte, la más relevante, de las limitativas de derechos. Tampoco su relación con las cláusulas lesivas ha sido tratada con la debida sistemática. En las páginas que siguen, me propongo realizar un análisis de las Sentencias que se pronuncian en un sentido y otro para tratar de averiguar si existe una línea subyacente que permita dilucidar si esta aparente falta de criterio uniforme en realidad se encuentra orientada por algún tipo de principio o doctrina, aunque sea insuficientemente explicitada, o si verdaderamente la jurisprudencia se pronuncia en cada caso en forma discrecional, sin criterio preestablecido.

Hago la advertencia de que, dado el gran número de sentencias que se pronuncian en uno y otro sentido, voy a limitar mi estudio a las del Tribunal Supremo. Incluso reduciendo el estudio al Alto Tribunal, hay que establecer

una distinción entre la línea que sigue la Sala Primera, de lo Civil, y la Segunda, de lo Penal. Por razones de simplicidad expositiva, comenzaré revisando el criterio de la Sala Segunda, puesto que, como a continuación vamos a comprobar, mantiene una línea constante y homogénea.

1) El criterio de la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

Tal como acabo de apuntar, la Sala Segunda del Tribunal Supremo mantiene un criterio constante, que se concreta en considerar que las cláusulas delimitadoras del riesgo han de ser suscritas con todos los requisitos que el art. 3 LCS establece para la validez de las limitativas¹⁰⁴. Este criterio se manifiesta con particular insistencia en el campo del seguro de responsabilidad civil del automóvil, con relación a la cláusula que excluye la cobertura cuando el conductor está embriagado o cuando resulta condenado por el delito de omisión de socorro: de forma unánime considera que son cláusulas limitativas y no las aplica cuando no están debidamente destacadas y suscritas específicamente¹⁰⁵.

Existe, sin embargo, una Sentencia que rompe este criterio de forma sorprendente por lo extraño e incorrecto de su razonamiento: la STS 2ª de 23-2-2000 (Martín Canivell), estima el recurso interpuesto por la compañía aseguradora contra la Sentencia de la Audiencia Provincial que la condenaba como responsable civil directa, considerando aplicable la cláusula que la exime de cobertura cuando se declare probado en la sentencia la contribución manifiesta de la embriaguez del conductor a la producción del siniestro o cuando el grado de alcoholemia sobrepasara los 0'8gs. de alcohol por cada 1.000cms. cúbicos de sangre, con el siguiente razonamiento: «De tal modo, pues, comoquiera que se daban en el caso ambas circunstancias recogidas en la cláusula de exclusión, que, por afectar a todos los tomadores del seguro, no requería para su validez y vigencia la firma por el que lo fue en este caso, el propietario y conductor del vehículo, a diferencia de las cláusulas o condiciones particulares del mismo contrato, que se refieren exclusivamente al tomador y, por tanto, para su validez, sí requieren la prueba de su aceptación...» Obsérvese que esta Sentencia no sólo se aparta de la doctrina constante de la Sala sino también de toda la doctrina y normativa sobre las condiciones generales de la contratación: afirma que, dado que éstas son de aplicación general a todos los adherentes, para su eficacia no necesitan ser suscritas por cada uno de ellos. Se estaría así reconociendo una facultad normativa a los aseguradores, puesto que las condiciones generales que establezcan serían obligatorias sin necesidad de su aceptación por la otra parte contratante, es decir, sin pasar por el mecanismo contractual; se vuelve así a la teoría normativista sobre la validez de las condiciones generales, en su manifestación más radical, que ya fue adecuadamente

rebatida y desacreditada por DE CASTRO¹⁰⁶, al que siguió la generalidad de la doctrina, puesto que es evidente que las condiciones generales se redactan para ser incorporadas a un contrato y no cabe otra forma de otorgarles eficacia que el del concurso de la oferta y aceptación sobre ellas, como en general sobre cualquier otra cláusula contractual. Debemos aclarar, sin embargo, que la doctrina de esta Sentencia no ha sido mantenido en otras posteriores.

Ahora bien, dada la transcendencia social del fenómeno de los conductores ebrios, conviene hacer una reflexión de política legislativa sobre la cláusula que excluye la cobertura cuando el siniestro se debe a que el conductor se encuentre efectivamente inhabilitado para conducir de forma segura por la ingesta de alcohol u otras sustancias tóxicas, abriendo un debate sobre el sentido del control de inclusión en el contrato de las condiciones generales¹⁰⁷. Como he manifestado más arriba, el control de inclusión tiene la función de asegurar que el adherente conozca las condiciones generales que el oferente pretende incluir en el contrato, de forma que su manifestación de voluntad (la adhesión) pueda abarcarlas, puesto que si no ha llegado a conocerlas esa declaración de voluntad carecería de objeto y sería, por lo tanto, ineficaz. Los requisitos formales que se establecen constituyen, como he señalado ya más arriba, un mecanismo que trata de suplir el conocimiento directo de todos los términos del contrato que, en la contratación tradicional, proviene de la negociación entre las partes. Dado que en la contratación en masa es inviable esa negociación directa, la única forma de dejar constancia de que el adherente fue informado del contenido de las condiciones generales es justamente por medio de las reglas formales establecidas por la legislación al efecto. Ahora bien, cabría la posibilidad de considerar si en determinados casos estos requisitos formales son innecesarios porque las cláusulas a que se refieren son ya suficientemente conocidas por los adherentes. Es decir, si el control de inclusión trata de garantizar la contractualidad de las condiciones generales (que hayan sido conocidas y aceptadas por el adherente), ¿cabría la posibilidad de considerar que determinadas condiciones generales son válidas, por ser suficientemente conocidas, aunque no se hayan seguido los trámites formales establecidos por la Ley al efecto?

En este caso se trata de una cláusula cuya inclusión en los contratos de seguro por todas las compañías es conocida por todo conductor; todos sabemos que no se debe conducir si se ha bebido o ingerido cualquier otra sustancia tóxica y que la conducción en esa situación es una imprudencia gravísima, con potenciales consecuencias letales, que incluso constituye un delito. Por consiguiente, no puede sorprender al asegurado, que con toda certeza cuenta con su existencia; y no es abusiva, ya que la peligrosidad que entraña conducir embriagado es de tal magnitud que su no cobertura es

absolutamente correcta. Además, supone una conducta extremadamente imprudente, por lo que sería discutible si puede considerarse incurso en la previsión del art. 19 LCS¹⁰⁸. Por consiguiente, si la cláusula es conocida suficientemente y es razonable, podemos preguntarnos si debe exigirse el cumplimiento de todos los requisitos legales al pie de la letra, aunque su finalidad esté ya satisfecha. Obviamente, supone un formalismo innecesario, pero hay que tener en cuenta, por otra parte, el riesgo que entraña la no aplicación de un precepto legal imperativo por entender que su función está ya cubierta: a partir de ahí podrían tratar de colarse otros supuestos mucho más discutibles. Obviamente, la prudencia del enjuiciador, analizando cada supuesto caso a caso, debería excluir toda ampliación excesiva de esta interpretación, pero el riesgo está ahí. Y hay que contar, además, con el sometimiento obligado del Juez a la norma, que dificulta esta decisión. Pero cabe recordar la STS 1ª 13-7-2002 (Romero Lorenzo), ya comentada más arriba y a la que volveré a referirme más adelante, que admite la validez de unas cláusulas limitativas por el específico conocimiento que tenía de ellas el asegurado, administrador de la sociedad tomadora del seguro y agente afecto de la aseguradora y que confesó conocer el contenido del contrato.

Aún podría pensarse que existe otra razón encubierta detrás del criterio jurisprudencial de exigir el cumplimiento de todos los requisitos formales del art. 3 LCS: el deseo de proteger a las víctimas de los accidentes ocasionados por los conductores ebrios, garantizando que cobren íntegramente la indemnización que se establezca incluso cuando exceda del límite del seguro obligatorio; y, al mismo tiempo, proteger también al propio conductor, evitando que quede en la ruina como consecuencia de un hecho imprudente y evitable pero puntual. Aunque existen razones sociales serias para apoyar esta postura, es dudoso que la forma de llevarla a la práctica sea la más correcta técnicamente, puesto que podría entenderse que atenta contra el esquema contractual¹⁰⁹. Quizás la solución del caso debería venir por una decisión expresa del legislador al respecto, con la adopción de las medidas económicas y compensadoras pertinentes.

2) El criterio de la Sala Primera del Tribunal Supremo.

A) Sentencias que exigen que se cumplan los requisitos del art. 3 LCS.

La Sala Primera del Tribunal Supremo se ha pronunciado tanto en el sentido de que para conceder validez a las cláusulas delimitadoras del riesgo han de cumplir con los requisitos de inclusión en el contrato del art. 3 LCS por considerarlas limitativas de derechos del asegurado, como en el contrario, es decir, que las cláusulas delimitadoras no son limitativas y, por lo tanto, no precisan satisfacer esas

exigencias. Existen también muchas sentencias que no se plantean la cuestión y aplican sin más el art. 3 LCS para negar validez a cláusulas limitativas de derechos que también podrían ser calificadas como delimitadoras del riesgo si se aceptase su existencia como categoría diferenciada. Creo que, en conjunto, el criterio mayoritario es el primero. Voy a comenzar el estudio por las que niegan esa diferenciación aunque en forma no exhaustiva, ya que después, en el epígrafe siguiente, referido a la postura contraria, citaré también algunas para mostrar la casuística y, ocasionalmente, explorar posibles contradicciones de la Sala en este tema.

1) La STS 1ª de 9-11-1990 (Fernández-Cid de Temes) rechaza de plano la existencia de la categoría de cláusulas delimitadoras del riesgo que no sean limitativas de derechos, salvo que vengan ya enunciadas en la misma póliza: «afirmar que la delimitación del riesgo, en aspecto tan trascendente, no equivale a limitación de derechos, que requiere aceptación específica (no concurrente, según la Sala de Instancia: apreciación de hecho no atacada adecuadamente) constituye valoración subjetiva e interesada, rechazable ante la lógica, imparcial y objetiva de la resolución recurrida.» Se trata de un seguro de incendio o de daños (no se especifica en el texto de la Sentencia) en el que se pretenden excluir de cobertura los siniestros causados por culpa grave del asegurado. El siniestro se origina cuando el vehículo se queda sin gasolina lejos de toda población y sus tres ocupantes encienden un brasero para calentarse por la noche, se duermen y se produce un incendio en el que fallecen todos ellos. La Sala rechaza aplicar la condición general exoneratoria de la aseguradora al entender que se trata de una cláusula limitativa de derechos, puesto que la delimitación del riesgo, al no estar aprobada legalmente, necesita la expresa aceptación por el adherente.

2) La STS 1ª 10-6-1991 (González Poveda) afirma que «la cuestión relativa a la determinación objetiva del riesgo tiene carácter dispositivo, por lo que las partes pueden establecer a tal efecto los pactos que estimen convenientes (art. 1255 del Código Civil), ello sin perjuicio que tales cláusulas puedan ser declaradas nulas cuando resulten lesivas para los derechos de los asegurados (art. 3.º de la Ley 50/1980)»; sin embargo, en el caso enjuiciado la hoja en que figuraban las «cláusulas anexas» cuya finalidad era delimitar el riesgo no habían sido firmadas por el tomador, por lo que concluye que no eran vinculantes, al no formar parte del contrato. Se examinaba un seguro de responsabilidad civil contratado por la propietaria de una estación de esquí; un usuario sufre un accidente con graves secuelas al desprenderse un cable, que le golpea. Reclama al titular de la estación y a la aseguradora, y ésta opone como cláusula delimitadora del riesgo una condición general que excluye de cobertura los siniestros causados por la infracción de

medidas de seguridad impuestas por la ley o las autoridades competentes.

3) La STS 1ª de 14-6-1994 (Martínez Calcerrada), afirma que «habrá de entenderse que se refiere de una manera notoria a la inserción de cláusulas limitativas de derechos de los asegurados, por cuanto que, el acaecimiento de esta eventualidad [muerte por infarto de miocardio, en un contrato de seguro de vida cuyas condiciones generales excluían la cobertura de esa causa de fallecimiento] supone si se considera vinculante dicha exclusión, que el derecho del asegurado a obtener el resarcimiento correspondiente al riesgo cubierto, se verá no solamente limitado, sino eliminado¹¹⁰.»

4) La STS 1ª de 21-5-1996 (Albácar López) se pronuncia con claridad meridiana: «una doctrina reiterada de esta Sala viene proclamando que los riesgos excluidos habrán de ser expresados de una manera clara y precisa, además de destacarse en la póliza del contrato o en un documento complementario "suscrito por el asegurado" (S. 17 Octubre 1985), siendo lícita y oponible al tercero ofendido o perjudicado la estipulación de cláusulas de limitación de la responsabilidad del asegurador, respecto a concretos y específicos riesgos siempre y cuando dichas cláusulas se resalten en las pólizas o en sus complementos, se den a conocer al asegurado, éste las acepte, y, finalmente, las suscriba (SS. 16 Febrero 1987, 15 Abril y 14 Mayo 1988).» Se trata de una cláusula, en un seguro del ramo del automóvil, que pretende excluir la cobertura de los daños producidos a terceros por los objetos transportados por el camión asegurado; en el caso, el vehículo dañado había colisionado con el brazo de una grúa transportada por aquél. Parece lógico que el seguro de responsabilidad civil del ramo del automóvil cubra los daños causados por el propio automóvil y por los objetos que éste transporte, puesto que se trata de un accidente derivado de la conducción del vehículo asegurado.

5) La STS 1ª de 24-2-1997 (Villagómez Rodil) afirma también que las cláusulas delimitadoras están sometidas al régimen de las limitativas. En el supuesto examinado, entiende eficaz la cláusula que excluye el riesgo de incendio de las mercancías transportadas por un camión si son inflamables; dice que se trata de una cláusula debidamente destacada y conocida por el asegurado, aunque no haya sido firmada específicamente, puesto que además de ser clara ya se encontraba en la proposición de seguro. Debe tenerse en cuenta además que el mayor riesgo que implica el transporte de este tipo de material exija un seguro especial, sin que pueda ser suficiente el genérico de mercancías transportadas, lo que además debería ser conocido por el tomador, profesional del sector.

6) La STS 1ª de 26-2-1997 (Gullón Ballesteros) desestima el recurso de la aseguradora porque la cláusula litigiosa no estaba suscrita¹¹¹. Rechaza las alegaciones de la aseguradora de que el documento contractual era una solicitud de seguro y no una proposición, razón por la cual las condiciones generales no estaban firmadas, argumento refutado justificadamente por el Alto Tribunal, que insiste en que era una verdadera proposición, a pesar de lo cual no se cumplieron las exigencias del art. 3 LCS, por lo que no alcanzan eficacia las cláusulas limitativas.

7 y 8) Otra Sentencia de la Sala Primera también de 26-2-1997 (O'Callaghan Muñoz) examina un contrato de seguro de vida e invalidez permanente; declarada la invalidez permanente absoluta del asegurado (cuando contrató el seguro ya se encontraba en situación de invalidez permanente total), éste reclama el pago de la indemnización pactada, a lo que se opone la aseguradora alegando que una condición general excluye la indemnización cuando la invalidez se declare como consecuencia de dolencias ya existentes y que el asegurado ocultó que ya estaba en situación de invalidez y la enfermedad que padecía (a pesar de que le sometió a un riguroso reconocimiento médico, que ya puso de relieve su estado de salud). El TS expresa que la cláusula aludida es limitativa y no fue suscrita con los requisitos del art. 3 LCS; y que la propia conducta de la aseguradora da lugar a que no se pueda atender al resto de sus argumentos ni a la aplicación del art. 10.3 LCS. En el mismo sentido que esta última, incluso citándola como antecedente, se pronuncia la STS 1ª 31-12-2003 (Marín Castán)¹¹².

9 y 10) Las SsTS 1ª de 14-6-1997 (Morales Morales) y de 3-11-1997 (García Varela), aplican las cláusulas alegadas por la compañía aseguradora justamente porque estaban redactadas con claridad, destacadas y fueron suscritas específicamente, la primera en cuanto al límite de 365 días para el abono de una indemnización diaria a una empleada de la sociedad deportiva tomadora que sufre un accidente, y la segunda referida a la cláusula que excluye del concepto de terceros perjudicados, en un seguro de responsabilidad civil empresarial, a los empleados de la tomadora.

11) Otro ejemplo es la STS 1ª de 4-7-1997 (Fernández-Cid de Temes), que examina un seguro del hogar en que se fija una cobertura por daños a terceros de 20.000.000.-ptas; como consecuencia de una fuga de agua se producen daños en el piso inferior que la aseguradora se niega a indemnizar en su totalidad porque una condición general limita la cobertura para daños producidos por agua al 10% de la suma establecida para la responsabilidad civil. El TS rechaza esta pretensión porque la cláusula no está debidamente destacada y suscrita y contradice la cláusula principal que establece la garantía por responsabilidad a terceros en la cifra indicada sin limitación alguna.

12 y 13) Igualmente, las SsTS 1ª de 1-12-1998 (Marina Martínez-Pardo) y de 22-10-2002 (García Varela), que enjuician casos idénticos por tratarse de las mismas partes, la misma póliza y por siniestros idénticos, califican como cláusula limitativa de derechos del asegurado y, por tanto, sometida a los requisitos del art. 3 LCS de claridad en la redacción y suscripción específica la que, en un seguro de crédito a la exportación, imponía al asegurado que, previamente a la operación, suscribiese un aval bancario que garantizase el pago del precio de la mercancía exportada. El Alto Tribunal considera la cláusula poco clara por no prever las consecuencias de la no suscripción del aval; por ello y por no haber sido expresamente firmada, rechaza su validez. Aún cabría añadir que la cláusula es abusiva, puesto que si se exige un aval que garantice el pago del precio no se ve cuál es el riesgo que cubre el seguro.

14) También establece claramente que las cláusulas delimitadoras son limitativas de derechos la STS 1ª de 28-5-1999 (Menéndez Hernández), en que el titular de un almacén dedicado a la guarda de objetos propiedad de terceros contrata un seguro de incendio y otros riesgos; se produce un incendio que destruye los muebles depositados y la aseguradora deniega el pago porque existe una cláusula que excluye la cobertura de los bienes depositados que pertenezcan a terceras personas; el TS, después de hacer varias alusiones al carácter barroco de la póliza (por ser de extraordinaria longitud y complejidad) y a que esta cláusula contradice otras generales y particulares, la considera ineficaz por no cumplir con los requisitos que el art. 3 LCS impone para la validez de las cláusulas limitativas y afirma que "es perfectamente lógico que quien desempeña una actividad económica consistente en la custodia de mobiliarios ajenos trate de cubrir la responsabilidad derivada de su destrucción por medio de un seguro de incendios, solventando así futuras reclamaciones económicas de terceros." Por esta misma razón entiendo que la Sentencia se queda corta, ya que debería haberla calificado de lesiva: elimina la cobertura justamente del principal riesgo a cubrir.

15) La STS 1ª de 21-9-1999 (Almagro Nosete), con un razonamiento muy escueto, aplica el régimen del art. 3 LCS a la condición general que excluye del concepto de terceros a los descendientes del asegurado, en un contrato de seguro del automóvil, sosteniendo que no puede admitirse su validez al no constar la aceptación del clausulado general.

16) La STS 1ª de 17-7-2000 (García Varela) rechaza considerar una determinada condición general como delimitadora del riesgo, sosteniendo que es limitativa e incluso lesiva. Realiza además un riguroso análisis del contenido del contrato, las obligaciones que imponía a la aseguradora y las consecuencias de la cláusula que la aseguradora pretendía aplicar, manifiestamente perjudiciales para el asegurado. Se trataba de un seguro de asistencia

sanitaria por el que el asegurador se comprometía a proporcionar «al asegurado la asistencia médico y quirúrgica en toda clase de enfermedades o lesiones comprendidas en las especialidades y modalidades que figuran en la descripción de los servicios de la póliza». A la demandante le fue detectado un carcinoma; tras la intervención inicial en su provincia de origen, debía continuarse con un tratamiento que en aquel momento no se dispensaba en la misma, por lo que el médico de la aseguradora la remitió al Hospital Clínico de Navarra; sin embargo, la aseguradora rechaza pagar los gastos oponiendo la existencia de una condición general que limitaba la cobertura a las prestaciones médicas que se efectuasen en la provincia del domicilio de los asegurados. El Tribunal Supremo considera que esta cláusula contradice la descripción de la cobertura antes reproducida, que obligaba a la compañía a prestar a los asegurados la asistencia que necesitase; y si ésta no podía prestarse en el lugar de residencia, debería hacerse donde fuese posible, máxime tratándose de una "póliza oro", por la que se pagó una prima más elevada. La Sentencia afirma que si se garantiza un tratamiento curativo, debe prestarse íntegramente, y si se pretende introducir alguna mengua en esa garantía, debería manifestarse en la póliza los medios de asistencia que se ofrecen, con una indicación de cuáles están excluidos, que ha de ser expresamente aceptada y firmada por el tomador.

17) También establece el sometimiento al régimen de las cláusulas limitativas la STS 1ª de 13-12-2000 (García Varela), refiriéndose a un seguro de responsabilidad civil empresarial, que analizaré más adelante, en el apartado siguiente, a propósito de la STS 1ª de 22-4-1991.

18) La STS 1ª 21-2-2003 (Martínez-Pereda Rodríguez) afirma de una cláusula que «es limitadora del riesgo y por ende debe ser aceptada expresamente por el asegurado». Esta sentencia es especialmente ilustrativa sobre la forma correcta de afrontar este tipo de cláusulas ya que no sólo establece que deben someterse al art. 3 LCS y a la LDCU, sino que hace una interpretación integradora del sentido económico del contrato conforme al art. 1.258 CC (aunque no lo cite expresamente) para que alcance su plena efectividad negocial. Se trata de un contrato que cubre a un conductor el riesgo de que incurra en invalidez por causa, entre otras cosas, de las lesiones que se le pudiesen ocasionar en el curso de un atraco, así como el abono de una indemnización mensual por retirada del permiso de conducir. El asegurado había sufrido un atraco violento años antes de contratarlo, en el que le infligieron lesiones de las que seguía a tratamiento pero no le impedían trabajar. Años después de suscrito el seguro es declarado en situación de invalidez permanente y se le deniega la renovación del permiso de conducir porque las secuelas que había llegado a tener le incapacitaban físicamente para conducir. La aseguradora pretende oponer que las lesiones eran anteriores a la suscripción del seguro y

que no hubo retirada de permiso sino denegación de su renovación. El Tribunal Supremo rechaza esas alegaciones porque el atraco fue anterior a la suscripción pero no había determinado la invalidez; ésta seguía siendo algo incierto, seguía existiendo el aleas propio del contrato de seguro, además de que la aseguradora había cobrado las primas y no había efectuado examen médico al asegurado; en cuanto a la no renovación del permiso, lo equipara a la retirada, ya que lo que se trata de cubrir es el riesgo de verse privado del derecho de conducir, sea por retirada del permiso o por su no renovación, teniendo además en cuenta que sería absurdo que estuviese cubierta la retirada por sanción derivada de un acto propio del conductor y no lo estuviese la no renovación derivada de una pérdida de condiciones físicas, ajena a su voluntad.

19) La STS 1ª 20-11-2003 (González Poveda) también declara el carácter limitativo de una cláusula que el asegurador pretendía hacer valer aduciendo que era delimitadora del riesgo y que había sido aceptada por el tomador al haber firmado la póliza en que se contenía la ubicua supuesta declaración de que afirma conocer y aceptar las condiciones generales ya entregadas. El Alto Tribunal rechaza la validez de esta falsa declaración, indicando que no se ajusta a lo ordenado por el art. 3 LCS y que no exime al asegurador de probar la realidad de la aceptación expresa. Por otro lado, esta Sentencia tiene particular interés porque, además de lo ya dicho, pone de manifiesto las artimañas de algunas aseguradoras para reducir a la nada la cobertura establecida en la póliza. Se trata de un seguro multirriesgo-comercios que cubre, entre otras cosas, los robos que pueda sufrir el establecimiento asegurado. El titular del comercio reclama la indemnización de los daños y perjuicios producidos como consecuencia de un robo con escalo y la aseguradora pretende hacer valer una cláusula según la cual el asegurado declara que el establecimiento tiene instaladas una serie de medidas de seguridad; y que, en el caso de no tenerlas, el asegurado puede llegar incluso a perder el derecho a la indemnización. A la vista de la redacción de la cláusula es evidente que no se trata de una verdadera declaración del tomador, sino una exigencia por parte de la aseguradora, por lo que ya podría considerarse nula por aplicación, una vez más, de la Disposición Adicional Primera, nº 20 LDCU. Además, puede estar muy justificado que el asegurador exija al asegurado que adopte una serie de medidas de seguridad para otorgarle la cobertura; pero esta exigencia no puede ser posterior a la suscripción del seguro: una mínima diligencia y coherencia en la actuación del asegurador exige que antes de la suscripción del seguro compruebe las condiciones de seguridad del establecimiento a cubrir y que, si estima que no reúne unas condiciones suficientes, le informe de los requerimientos exigibles para poder suscribir la póliza. Pero no es admisible que primero

se suscriba la póliza, se cobre la prima y después se deniegue la cobertura aduciendo que no se cumplen unos requisitos que no se habían planteado con anterioridad.

B) Sentencias que aceptan la validez de cláusulas delimitadoras no suscritas. Análisis.

Como ya indiqué, en otras ocasiones el Alto Tribunal sí ha aceptado la distinción entre cláusulas delimitadoras del riesgo y cláusulas limitativas, declarando la eficacia de aquéllas aunque no estén destacadas y no hayan sido suscritas específicamente. Los autores que defienden que las cláusulas delimitadoras del riesgo constituyen una categoría diferenciada de las limitativas aluden a algunas de estas sentencias para sostener su argumentación. A continuación procedo a examinar las sentencias que aparecen citadas por esos autores y las restantes que he localizado en que también se alude a esa diferencia, entre las dictadas a partir de 1991, para examinar el alcance y corrección de la declaración que efectúan a la vista de lo expuesto hasta aquí.

1) STS 1ª de 22-4-1991 (Fernández Rodríguez)¹¹³. Se refiere a un seguro marítimo, que se encuentra excluido del ámbito de la LCS, por lo que debe atenerse a lo libremente acordado por las partes; pero después continúa razonando que, aunque la LCS fuese aplicable, la cláusula controvertida no es ineficaz por aplicación de su art. 3 porque es delimitadora del riesgo y no limitativa, de manera que lo que hace es expresar el ámbito de cobertura acordado. Lo cierto es que en este tipo de seguros no tiene sentido la aplicación de las prevenciones del art. 3 LCS dado que, en razón de la condición del asegurado, no es necesario adoptar esas garantías de contractualidad: el asegurado negocia en condiciones de relativa igualdad con los aseguradores, con el asesoramiento de profesionales altamente cualificados. No existe riesgo, por lo tanto, de que se incorporen al contrato condiciones generales abusivas o desconocidas por el asegurado (y, en este último caso, habría que acudir a los remedios generales de nulidad contractual)¹¹⁴. Por lo tanto, en este caso es correcto que no se aplique el art. 3 LCS y, por ende, es acertada la solución a que llega el Tribunal, aunque no sea muy correcto que se aluda a dicho precepto legal para diferenciar entre cláusulas limitativas y delimitadoras: justamente por la condición del asegurado no cabe la alusión a cláusulas limitativas de sus derechos porque se supone que en este ámbito todas las cláusulas contractuales tienen la misma relevancia, sin que sean de aplicación las normas protectoras de los consumidores o, más en general, del contratante débil. Su doctrina, por lo tanto, no es extrapolable al resto de contratos de seguro sometidos a la LCS.

2) STS 1ª de 8-6-1992 (Gullón Ballesteros)¹¹⁵. También alude a que la cláusula discutida no limita derechos del asegurado sino que concreta el riesgo asegurado. Pero lo cierto es que el Tribunal realiza una interpretación sistemática del contrato, de la que resulta que el siniestro no estaba relacionada con la actividad comercial cubierta por el seguro de responsabilidad civil litigioso, salvo en una forma muy indirecta, por lo que no era indemnizable¹¹⁶. Aunque el argumento final no está expresado en forma muy correcta, el conjunto de la Sentencia llega a un resultado acertado, al que se podría haber llegado sin ninguna alusión a las cláusulas limitativas de derechos y, por lo tanto, sin exigir la suscripción expresa de la condición general litigiosa: el seguro efectivamente no debía cubrir el siniestro no por interpretación de la condición general cuestionada sino porque el riesgo asegurado era el derivado de la explotación de la actividad profesional que desarrollaba el hostelero, y la muerte del vecino no está relacionada con el normal funcionamiento del negocio, sino con una disputa vecinal, que lógicamente ha de considerarse excluida del ámbito de cobertura contratado.

3) STS 1ª de 16-10-1992 (Martínez Calcerrada)¹¹⁷. Pese a que algún autor cite esta sentencia para apoyar su tesis favorable a la distinción entre cláusulas limitativas y delimitadoras, lo que dice es que las exigencias de suscripción especial de las cláusulas lesivas no son aplicables a toda condición general, sino sólo a las que limiten derechos del asegurado; y, en el caso, lo que ocurre es que el hecho dañoso no se corresponde con el contrato de seguro de responsabilidad civil del automóvil suscrito, ya que el responsable del daño no es el asegurado sino un tercero, que es a quien deberá reclamar el perjudicado. Los hechos que dieron lugar a la demanda son: el vehículo asegurado es sustraído por un tercero; el actor se percibe de la sustracción e intenta evitarla, pero resulta arrollado y lesionado, por lo que reclama una indemnización al asegurador del vehículo. El TS confirma la Sentencia de la AP porque el seguro de responsabilidad civil del automóvil cubre las indemnizaciones que deba abonar el asegurado, pero no un tercero.

4) STS 1ª de 31-12-1992 (Burgos y Pérez de Andrade)¹¹⁸. Esta Sentencia no sólo alude a la diferencia tan repetida, sino también a la validez de la cláusula que dice: «Las condiciones del presente contrato han sido convenidas y aceptadas por ambas partes para ser cumplidas de buena fe», pese a su carácter fraudulento, ya explicado; sin embargo, nuevamente el examen del supuesto concreto justifica el impago de la indemnización no en razón de la condición general sino de que la cobertura pactada debe entenderse que no lo incluía: se trata de la exclusión, en el ámbito del seguro del automóvil, de los siniestros producidos por un conductor sin licencia, con la particularidad en el caso

enjuiciado de que el vehículo era un camión de gran tonelaje y el accidente se debió a la impericia del conductor, que perdió el control del camión¹¹⁹.

5) STS 1ª de 9-2-1994 (Fernández-Cid de Temes)¹²⁰. Su doctrina es particularmente errónea, no sólo por distinguir entre cláusulas delimitadoras y limitativas de forma abstracta, sino también porque concede validez a la cláusula que contiene la supuesta declaración por parte de la asegurada de que conoce y acepta las condiciones generales que se encuentran en documento aparte, incluso las limitativas, cuyo carácter fraudulento ya he puesto de manifiesto repetidamente. E incluso por afirmar que las condiciones generales de la contratación pueden llegar a generar usos mercantiles, asumiendo la tesis normativista formulada en su día por GARRIGUES¹²¹ y que ya fue adecuadamente refutada por CASTRO¹²², al que sigue la práctica totalidad de la doctrina con la única salvedad de algún mercantilista ilustre¹²³. Se trata de un accidente de tráfico en que resulta lesionado un hermano de la conductora; ésta había contratado el seguro obligatorio, el voluntario y el de ocupantes; la compañía es condenada a indemnizar con cargo al seguro de ocupantes pero exonerada en relación con el voluntario ya que éste excluía a los familiares próximos que conviviesen con el conductor, como es el caso. El TS concluye que la asegurada conocía el contenido de esa cláusula no sólo porque nunca hubiera manifestado cuestión alguna en cuanto a su aceptación sino, particularmente, porque el hecho de que contratase un seguro de ocupantes ya denotaba que había de conocer que el voluntario no les cubría. En cuanto al primer argumento utilizado por el Alto Tribunal, carece de sentido: el asegurado nunca manifiesta ninguna discrepancia sobre el contenido de las condiciones generales antes de que se produzca el siniestro y la compañía lo rechace, ni tiene por qué hacerlo: puede perfectamente entender que las condiciones generales son ineficaces, nulas, en cuanto no cumplan los requisitos del art. 3 LCS. En cuanto al segundo argumento, resulta contradictorio con lo expresado por la propia Sala en la Sentencia ya comentada en el apartado anterior de 21-9-1999. Además, en este caso, tratándose de una relación entre hermanos, la exclusión tiene menos sentido que cuando el lesionado es hijo del conductor asegurado, porque no existe una relación de dependencia económica entre ellos.

6) La STS 1ª de 21-6-1994 (Ortega Torres) contempla un supuesto particularmente espinoso, resuelto de forma a mi entender errónea y contradictoria con otros pronunciamientos de la Sala. Se trata del seguro de accidentes que cubre el riesgo de que el asegurado incurra en situación de invalidez permanente total, suscrito en este caso, con el carácter de colectivo, por el General de la Agrupación de Tráfico de la Guardia Civil para cubrir a todos los miembros del cuerpo. El demandante es declarado en situación de invalidez permanente total por la disminución en la visión de un ojo, pero se le

deniega el pago de la indemnización pactada porque en las condiciones generales del contrato se define la invalidez permanente total de forma no coincidente con la correspondiente al ámbito protector de la Seguridad Social, para limitarla a los casos de ceguera (en cuanto se relaciona con el hecho causante de la reclamación) y otros eventos de extrema gravedad, más propios de la calificación de gran invalidez que de invalidez permanente total. La Sentencia citada desestima la pretensión del asegurado alegando que el tomador del seguro no expresó ninguna duda sobre la interpretación del contrato y que en el certificado individual del seguro se expresaba la cobertura, sin que tuviera relevancia alguna que aquél sólo hubiese firmado las condiciones particulares de la póliza, y no las generales que figuraban en el reverso del mismo documento; a lo largo de la Sentencia se explica que en diversos lugares de la póliza se habla de invalidez parcial, invalidez permanente absoluta y total, pero sin que ello tenga, a juicio del Tribunal, ninguna relevancia en cuanto al sentido que había de otorgar al contrato.

Entiendo, como decía, que esta Sentencia contiene una doctrina errónea, no sólo por negar relevancia al hecho de que las condiciones generales no estuviesen suscritas, sino sobre todo porque las referencias a la invalidez permanente total y absoluta y a la parcial, unido al hecho de que el contrato haya sido suscrito por el General de la Agrupación para beneficiar a los miembros del cuerpo que dirige como protección añadida a la de la Seguridad Social, permite apreciar que hay una gran oscuridad en el contrato, incluso una contradicción entre diversas cláusulas, que ha de solucionarse concediendo relevancia a las particulares sobre las generales y, en todo caso, interpretando el contrato en favor del asegurado, satisfaciendo sus expectativas razonables. Si se utiliza la terminología propia de la Seguridad Social (invalidez parcial, invalidez permanente total y absoluta) y se cubre el riesgo de invalidez permanente total, lógicamente habrá que entender que ésta es la definida a efectos de la cobertura de la Seguridad Social (máxime tratándose, como ya indiqué, de una protección complementaria de esa cobertura), por lo que la definición que de la misma se hace en el condicionado general es contradictoria con la cláusula particular que establece la cobertura del contrato, abusiva por excesivamente restrictiva y sorprendente para los asegurados¹²⁴. De hecho, en otras ocasiones el Tribunal Supremo calificó esta cláusula como limitativa de derechos, negándole validez por no estar suscrita: STS 4ª de 25-10-1990 (Sánchez Morales de Castilla), SsTS 1ª de 8-4-1995 (Villagómez Rodil), de 22-1-1999 (Villagómez Rodil) y de 27-11-2003 (Auger Liñán)¹²⁵. Y la STS 1ª de 8-11-2001 (O'Callaghan Muñoz) califica como oscura la cláusula que describe la invalidez absoluta, permanente y definitiva como la «que impide al asegurado dedicarse en el

futuro a todo trabajo u ocupación remunerados y le exige ser asistido, en los actos de la vida cotidiana, por una tercera persona.» El Alto Tribunal afirma que se están utilizando conceptos de Seguridad Social, puesto que no existe el de invalidez absoluta en otro campo, por lo que el añadido de la necesaria asistencia por tercera persona introduce un insólito plus, una contradicción y una seria duda porque se trata de un requisito de la gran invalidez, no de la absoluta. Por consiguiente, aplica el art. 1.288 CC para aclarar el contrato en el sentido de entender que la invalidez absoluta es la definida en el ámbito de la Seguridad Social, excluyendo el requisito insólito indicado¹²⁶.

Un caso particular es el de la STS 1ª de 14-6-1997 (Morales Morales), que examina un caso en que la invalidez permanente total no está declarada por la jurisdicción social sino que se declara por el juez civil, a efectos de la cobertura del seguro, al examinar las lesiones sufridas por la perjudicada y la definición de invalidez en la póliza. Aquí la compañía aseguradora pretendía la aplicación de un baremo en lugar de abonar íntegramente la indemnización pactada, lo que es rechazado por el Tribunal Supremo porque las lesiones concretas de la perjudicada no están contempladas en el mismo y, al haberse considerado como constitutivas de invalidez permanente total, debe aplicarse el 100% de la cantidad prevista para ese supuesto.

También la STS 1ª de 11-12-2003 (Auger Liñán) rechaza aplicar un baremo y condena a la aseguradora a abonar la indemnización prevista para la invalidez permanente total. Explica que los grados de invalidez que utilizan las pólizas de seguro de accidentes son distintos que los previstos en el sistema de la Seguridad Social, y que distinto es también el procedimiento para declararlos; que en los seguros suscritos como complemento de la cobertura de la Seguridad Social debe acudirse los grados y procedimientos propios de ese sistema, pero no en los seguros de accidentes en general. Sin embargo, en el caso enjuiciado observa que la compañía aseguradora no siguió el procedimiento de los arts. 104 y 38 LCS, de determinación del grado de invalidez mediante la intervención de peritos médicos; y que la póliza se refería expresamente a la invalidez total y permanente del asegurado, que es un concepto propio de la Seguridad Social; por lo tanto, dado que el asegurado había sido declarado en esa situación, procedía el pago de la indemnización prevista para tal evento.

En cambio, la STS 1ª de 8-10-1999 (González Poveda) sigue la misma línea de la inicialmente comentada, la de 21-6-1994. Se trata en este caso de un seguro de vida colectivo, contratado por la empresa para la que trabajaba el asegurado, que garantizaba el pago de una indemnización por fallecimiento o invalidez permanente absoluta, de cuantía doble cuando se debía a un accidente. El asegurado sufre un

accidente y es declarado en situación de invalidez permanente absoluta un año y siete meses después. El Alto Tribunal estima el recurso formulado por la aseguradora porque sostiene que existe una doble delimitación contractual del riesgo: por una parte, se refiere a la "invalidez permanente, no la temporal (limitación que no tiene trascendencia en este caso) y de otra se requiere que el fallecimiento o la invalidez permanente se produzcan «dentro del período de un año a partir de la fecha en que sufrió tal lesión»". No aclara la Sentencia si esta delimitación del riesgo se recoge en la póliza o en el condicionado general. Y no se discute si la cláusula fue o no suscrita específicamente, lo único que se discute es la fecha desde la que se debe contar el plazo del año: si desde el accidente o desde que finaliza la incapacidad temporal, como defendía el demandante y había estimado la Audiencia Provincial. Creo que aquí lo que existe es una cláusula abusiva: limitar la cobertura a los casos en que se declare la invalidez en el plazo de un año desde el accidente es reducirla a un mínimo inaceptable: la práctica es que la Seguridad Social sólo concede la invalidez tras agotar la incapacidad temporal (un año, o incluso año y medio, salvo casos excepcionales). Dado que la Sentencia se está refiriendo a la invalidez declarada por la Seguridad Social, en realidad está reduciendo la operatividad del seguro a lo que acabamos de señalar que son casos excepcionales; se frustra así la finalidad del contrato, que lógicamente perseguirá cubrir precisamente el riesgo ordinario de accidente que da lugar a invalidez por sus pasos normales, no el excepcional. De hecho, la STS 1ª de 21-2-2003 (Martínez-Pereda Rodríguez) examina un contrato de seguro con una cláusula similar y dice que es de imposible cumplimiento habida cuenta del tratamiento médico que debió seguir el asegurado, por lo que, de acuerdo con el art. 1.116 CC, se debe considerar nula.

7) STS 1ª de 11-11-1994 (Ortega Torres). Nuevamente el examen del supuesto justifica la inaplicación de la condición general cuestionada: también en el ramo del automóvil, se contrata el seguro de ocupantes y además un seguro de personas transportadas; el conductor asegurado reclama que se le incluya en el segundo a fin de obtener una mayor indemnización, lo que lógicamente deniega el TS puesto que el conductor no es transportado sino que es quien transporta. En sentido opuesto, la STS 2ª de 26-4-1990 (Barbero Santos)¹²⁷ no acepta la exclusión del conductor del seguro de ocupantes ya que concertó «una póliza de seguro de ocupantes que incluía "al propietario y/o conductor no profesional"»; si la definición de los "ocupantes" que contiene el documento contractual es tan amplia, a ella habrá que estar.

8) La STS 1ª de 7-3-1997 (Marina Martínez-Pardo) correctamente distingue entre cláusulas limitativas y las que delimitan la cobertura y la indemnización porque en el caso, en que se trataba de la responsabilidad civil de una empresa,

se había fijado el límite indemnizatorio en diez millones, y la empresa fue condenada a indemnizar en veinte; lógicamente, si se contrata un seguro por diez millones, se sabe qué es lo que se contrata, no existe ningún derecho a una indemnización ilimitada sino que se fija directamente cuál es el derecho del asegurado, por lo que la cláusula no le limita ningún derecho.

9) También la STS 1ª de 5-6-1997 (O'Callaghan Muñoz) entiende que la cláusula discutida no es limitativa porque delimita el riesgo, concretamente al establecer que el seguro del automóvil sólo tiene vigencia en España y que si se desea ampliar el ámbito espacial de cobertura deberá contratarse especialmente. Aunque el razonamiento es particularmente rechazable, porque contiene unas referencias a la libertad de pactos, que es manifiestamente inexistente en los contratos de adhesión, y porque se niega con carácter general que las cláusulas delimitadoras de riesgos sean limitativas, lo cierto es que, nuevamente, el caso concreto puede justificar el rechazo de la pretensión de los perjudicados si se piensa que el seguro obligatorio sólo extiende la cobertura al territorio del Espacio Económico Europeo y Estados adheridos al Convenio multilateral de garantía¹²⁸, y que se exige un suplemento para extenderla voluntariamente a otros países, particularmente cuando se trata de uno con un régimen tan particular como el del siniestro, la antigua Yugoslavia.

10 y 11) Otra Sentencia en que el TS mantiene la distinción es la de la Sala 1ª de 10-2-1998 (Marina Martínez-Pardo). Como en los demás casos examinados, el análisis detenido del supuesto confirma que la decisión es conforme con la naturaleza del tipo de seguro contratado en razón del suceso dañoso. Se trata de la exclusión del seguro de responsabilidad civil del automóvil de un accidente producido por un vehículo agrícola cuando estaba realizando faenas en el campo; el accidente se excluye porque "(1)a póliza, acorde con el seguro de automóviles reglamentado, dice que no alcanza a las tareas agrícolas, fuera del ámbito de la circulación." Aunque esta exclusión se recoja en una condición general, bien podría entenderse implícita en la propia definición del riesgo asegurado, por el tipo de seguro de que se trata: de responsabilidad civil por hechos de la circulación, no de una actividad industrial o agrícola. En idéntico sentido, la STS 1ª de 3-3-1998 (Marina Martínez-Pardo), caso en que además el seguro de responsabilidad civil ilimitada por hechos de la circulación del vehículo agrario concurría con otro, contratado con la misma compañía, que cubría los riesgos de las actividades agrícolas hasta diez millones de pesetas; condenado el titular del vehículo a indemnizar a la viuda de un empleado, fallecido por atropello del vehículo en cuestión, por veintitrés millones de pesetas, el titular pretende que la aseguradora responda en diez millones por el seguro agrario y el resto por el de responsabilidad civil de hechos de la circulación, lo que es

correctamente rechazado por el Tribunal. Sin embargo, la exclusión de este tipo de siniestros, como en general de todos los que estamos comentando en este apartado, debe efectuarse de forma muy cuidadosa, para evitar extenderla a más supuestos de los que estrictamente deban entenderse que no se corresponden con el tipo de seguro contratado. Así, la STS 1ª de 10-2-1986 (Martín-Granizo Fernández) no acepta análoga exclusión a la indicada en la Sentencia citada en el texto porque el accidente se produce cuando el vehículo industrial ya había terminado de realizar la maniobra de descarga y circulaba por el recinto de la fábrica; por consiguiente, la Sala entiende que sí constituye un hecho de la circulación.

12) La STS 1ª de 18-9-1999 (de Asís Garrote) establece claramente la distinción tan repetida entre cláusulas delimitadoras del riesgo y cláusulas limitativas, afirmando que a las primeras no se aplica el art. 3 LCS, además de aludir al argumento de que influyen en la determinación de la prima. Aunque la línea argumental es incorrecta, lo cierto es que en el caso concreto nuevamente se observa que el pronunciamiento sí podría ser acertado, discutiblemente, ya que el seguro de responsabilidad civil empresarial por daños a terceros no incluía como tales terceros los empleados de la empresa minera asegurada; que se extendió su alcance por medio de condiciones especiales a éstos, pero la muerte de los trabajadores quedó excluida porque se produjo como consecuencia de una grave falta de medidas de seguridad en la empresa, por la que se le impuso el correspondiente recargo de prestaciones de seguridad social; una sociedad anónima como la asegurada no puede alegar la falta de contractualidad de unas cláusulas especiales vigentes desde más de dos años antes a la producción del siniestro y que se supone que se incorporaron al contrato a su solicitud, cuando por su condición se le presume un conocimiento particularmente profundo de los riesgos del sector y que además estará asesorada debidamente.

Decía que el sentido de esta Sentencia podría ser discutiblemente acertado porque existe cierta contradicción con la STS 1ª de 13-12-2000 (García Varela): también se trata de un seguro de responsabilidad civil empresarial; se produce un accidente en el local de la empresa en el que se lesionan unos trabajadores, que demandan a la empresa y la aseguradora exigiendo una indemnización; existe una condición general que excluye que los trabajadores se consideren terceros a efectos del seguro y en el pleito la aseguradora defiende la validez de esa cláusula como delimitadora del riesgo afirmando que el seguro no cubre la responsabilidad civil patronal de la empresa. El Tribunal Supremo estima que lo contratado es un seguro de responsabilidad civil de la empresa, que trata de obtener cobertura frente a cualquier tipo de reclamación de este tipo, y que la exclusión de la cobertura a los empleados no fue aceptada al no estar específicamente suscrita como

exige el art. 3 LCS. Quizás la diferencia entre ambos supuestos se encuentra en la probable mayor dimensión de la empresa en el primer caso, que le obliga a una mayor diligencia en la supervisión de sus contratos, por poder permitirse un mejor asesoramiento; a la existencia de unas condiciones especiales, lo que denota que hubo una previsión específica sobre qué era lo que se contrataba; y a la existencia de unas faltas de medidas de seguridad de carácter grave.

13) La STS 1ª de 16-5-2000 (González Poveda)¹²⁹ examina la petición de indemnización que realizan los cuatro hijos de una mujer que fallece en su domicilio. La vivienda era propiedad de una de las hijas demandantes y su esposo, con quienes convivía la fallecida. Se formula la petición al amparo de un seguro multirriesgo del hogar. La aseguradora recurre en casación el fallo estimatorio de la demanda afirmando que la fallecida estaba excluida de la cobertura de la póliza por aplicación de distintas condiciones generales, bien por ser ella misma asegurada como ocupante del piso, bien por ser ascendiente de la asegurada, copropietaria del piso y esposa del tomador del seguro. El Alto Tribunal rechaza la primera alegación por ser una cuestión nueva, no planteada en la instancia. Sí estima la segunda, estimando aplicable la condición general que excluye de la condición de terceros a los familiares próximos del asegurado. Considera que la esposa debe considerarse asegurada en cuanto cotitular del interés objeto del contrato, la responsabilidad civil del propietario del inmueble, que la Sala equipara al ocupante. Como la fallecida es su madre, queda excluida de cobertura por la condición general que el Tribunal Supremo califica como delimitadora del riesgo en forma objetiva, con un razonamiento que se limita a una remisión a sus anteriores sentencias de 9-2-1994 y 18-9-1999. Nuevamente nos encontramos ante un caso en que la condición general aplicada no hace más que reflejar la delimitación normal del contrato. En primer lugar, cabría plantearse hasta qué punto la propia fallecida no debería considerarse asegurada por habitar la vivienda asegurada, aunque no fuese propietaria. Pero, en cualquier caso, la hija que sí es propietaria no puede considerarse perjudicada y reclamar con cargo al seguro que cubre su propia responsabilidad civil. Otra cuestión es la desestimación de la reclamación que realizan las otras hijas de la fallecida, hermanas de la copropietaria. Quizás el Alto Tribunal tenía en mente el argumento de que se excluyen del concepto de terceros a las personas que nunca reclamarían directamente al asegurado, por lo que no existe merma patrimonial para éste, cosa que parece más evidente al actuar todas las hermanas conjuntamente. Probablemente la respuesta judicial habría sido distinta de actuar sólo las tres hermanas ajenas al piso, demandando conjuntamente a los propietarios y a la aseguradora, porque es manifiesto que ellas sí son perjudicadas por el fallecimiento de su madre.

14) La STS 1ª de 16-10-2000 (Gullón Ballesteros) también establece taxativamente la distinción entre cláusulas limitativas y delimitadoras del riesgo. Sin embargo, en el caso no se hace un análisis del carácter que tiene la cláusula litigiosa porque el asegurado recurrente no impugnó la afirmación de la sentencia de la Audiencia Provincial de que «el riesgo acaecido no estaba en la lista de supuestos amparados por la póliza, lo que contrario sensu significa que estaba excluido de su cobertura por caer dentro de los riesgos excluidos. Ante esta falta de ataque a la sentencia de la Audiencia, la Sala no puede suplir al recurrente, sino juzgar si procede o no su casación con arreglo a los motivos articulados, salvo que trate de la aplicación de oficio de normas imperativas (lo que no es el caso).» No conocemos de qué riesgo se trataba porque la sentencia no lo dice, de manera que no podemos corroborar que no se correspondiese con el tipo de seguro contratado, aunque es lo que parece deducirse de lo manifestado por el Alto Tribunal.

15) La STS 1ª de 2-2-2001 (Corbal Fernández) manifiesta que ha de aceptarse la defensa planteada por la aseguradora en el sentido de que «las cláusulas que delimitan el objeto y el ámbito del seguro, entre las que figuran las que definen el riesgo y las que determinan el alcance económico (de la indemnización)(...) basta que estén destacadas y aceptadas de forma genérica, por lo que es suficiente el consentimiento general del tomador en orden a la conclusión del contrato para la validez y consiguiente oponibilidad», mientras que sólo las limitativas de derechos del asegurado requieren una aceptación específica y suscripción. Pero esta manifestación en el caso es perfectamente asumible cualquiera que sea la postura que se adopte frente a las cláusulas delimitadoras del riesgo y la indemnización, porque las discutidas no forman parte del condicionado general, sino que se encuentran en la misma póliza, en el documento principal del contrato y por lo tanto necesariamente debieron ser conocidas y aceptadas por el tomador. Una de ellas es la que fija la indemnización (diez millones de pesetas), por lo que constituye una de las cláusulas esenciales del contrato, que lógicamente no precisa de suscripción expresa ya que a ella se refiere directamente la voluntad contractual. La otra excluye del seguro de responsabilidad civil la responsabilidad patronal, pero lo hace también en el documento principal, por lo que también está incluida en la manifestación de aceptación del contrato; otra cosa es que el Tribunal Supremo en el caso concreto entiende que el trabajador fallecido no era empleado de la empresa asegurada sino autónomo, por lo que la exclusión no podía hacerse efectiva en este supuesto. Concorre, por otro lado, la particularidad de que la póliza no estaba firmada por el tomador, pero esto debió ser una cuestión puramente burocrática, ya que él mismo presentó la póliza en el procedimiento penal abierto como consecuencia del

fallecimiento del trabajador, lo que denota que sí había suscrito el seguro, hubiese firmado la póliza o no.

16) La STS 1ª de 17-4-2001 (González Poveda) reproduce lo manifestado en la de 18-9-1999 sobre la distinción entre cláusulas limitativas y delimitadoras del riesgo. Se trata ahora de un seguro denominado "pequeña y mediana empresa", del que no se especifica nada más salvo la existencia de una condición general que excluye la indemnización de «la destrucción o daños a muros utilizados para contener tierras o canalizar aguas, de curso continuo o discontinuo, así como los sufridos por farallones, terraplenes, espigones o construcciones análogas hechas en las orillas de los ríos o del mar, para defensa de sus márgenes o mutación de sus corrientes». Nada se dice tampoco de la actividad de la empresa demandante. El siniestro consistió en que se derrumbó el muro que contenía las tierras exteriores. Resulta imposible aquí estudiar si la cláusula litigiosa se correspondía o no con el fin del contrato ante la falta de más datos. Lo cierto es que el Tribunal Supremo la considera delimitadora del riesgo y la excluye de las formalidades del art. 3 LCS.

17) La STS 1ª de 13-7-2002 (Romero Lorenzo), ya citada un par de veces en este estudio, toca una serie de cuestiones de gran importancia. Se refiere a un contrato de seguro de asistencia sanitaria. El demandante, asegurado, era el administrador de la sociedad mercantil tomadora del seguro, la cual, a su vez, era agente afecto de la Aseguradora. Solicita que se le reintegren los gastos de curación de una enfermedad que se le diagnosticó el 8-9-1994, a lo que se niega la aseguradora por estar el contrato en suspenso por el impago de primas al menos desde enero de 1996 (los reembolsos solicitados corresponden a gastos posteriores a esta fecha). El Tribunal Supremo rechaza la pretensión del asegurado porque efectivamente dejó de pagar las primas mensuales (éste pretendía que con el pago de la primera mensualidad ya se mantendría la vigencia de la póliza todo el año, aunque no abonase las siguientes; como la anualidad comenzaba el 1 de diciembre, gira el importe de la prima correspondiente a esa mensualidad -con retraso- y así tendría cobertura el resto del año, reduciendo la cuestión de las mensualidades siguientes a un problema de gestión de pagos) con pleno conocimiento de lo que hacía, dada su condición personal y teniendo en cuenta los términos del contrato. Pero lo más relevante aquí es la segunda cuestión litigiosa: si la aseguradora debe o no hacerse cargo de los gastos de asistencia sanitaria derivados de enfermedades diagnosticadas o accidentes sufridos durante la vigencia de la póliza, cuando estos gastos de producen después de la rescisión de la misma. El asegurado dice que la condición general que excluye tales reembolsos es lesiva y, al ser limitativa de derechos de los asegurados, debería haber sido específicamente suscrita por éstos. Es de reseñar la confusión del actor, si

es que la sentencia transcribe correctamente su pretensión, ya que asimila cláusulas lesivas a limitativas. Pues bien, el Tribunal Supremo califica la cláusula como delimitadora del riesgo, lo que la excluye del control del art. 3 LCS, cosa que curiosamente admitía también el recurrente; el contenido de la cláusula litigiosa -la 15.3- ya venía anticipado en el art. 1 del condicionado general, el cual el demandante asume que es el que delimita el objeto del contrato; la 15.3 se limita a desarrollar y precisar el objeto del seguro ya definido anteriormente: el art. 1 establece que el asegurador reembolsará los gastos devengados por asistencias médicas realizadas durante la vigencia de la póliza, el 15.3 dice que la cobertura cesa automáticamente al producirse la rescisión de la póliza, sin derecho al reembolso de gastos correspondientes a gastos posteriores, lo que es un simple corolario de lo anteriormente determinado, sin limitar más el derecho del asegurado. Y hace una manifestación especialmente relevante: el espíritu del art. 3 LCS (habría que aclarar que sólo en lo relativo a las cláusulas limitativas de derechos) es asegurar el conocimiento de las condiciones generales por el asegurado; pero más allá de la observancia de las formalidades de que determinadas cláusulas han de estar destacadas de forma especial y ser específicamente aceptadas por escrito, ese conocimiento puede obtenerse por otras vías. Y en el caso quedó acreditado que el asegurado las conocía por su condición de administrador de la sociedad que era a la vez tomadora de la póliza y agente afecto de la aseguradora, y de hecho en confesión admitió conocer las particularidades de la póliza. No puede oponerse, por lo tanto, que la cláusula es limitativa y se omitieron las formalidades indicadas. A continuación, se examina si la cláusula puede ser lesiva, lo que el Alto Tribunal rechaza porque la exclusión de reintegro de los gastos posteriores a la resolución del contrato pero derivados de enfermedades o lesiones aparecidos durante su vigencia se compensa con la asunción de los gastos producidos durante la vigencia del contrato derivados de enfermedades o lesiones anteriores. Sin embargo, aunque este análisis es aparentemente correcto, habría que plantearse si la práctica contractual conduce a que sí sea lesiva: aparentemente existe un equilibrio entre la exclusión de los gastos posteriores y la asunción de los que se producen durante el contrato pero derivados de dolencias preexistentes; pero en la práctica será muy improbable que se admita asegurar a quienes estén sometidos a tratamiento médico, con lo que nunca llegará a darse la compensación de una cosa con otra.

18) La STS 1ª de 23-10-2002 (Villagómez Rodil) dice que la jurisprudencia distingue entre las cláusulas destinadas a delimitar y concretar el riesgo de las que restringen los derechos del asegurado; y que sólo las segundas están sometidas al régimen del art. 3 LCS. Sin embargo, en el caso califica la cláusula litigiosa de lesiva, excluyendo que sea

simplemente delimitadora del riesgo o la indemnización. Se trata de la cláusula que en el seguro del automóvil limita el reintegro de los gastos de reparación del vehículo siniestrado a su valor venal: dice que se intenta «colar» (sic) esa limitación, contradiciendo así lo que conforma la propia cobertura del contrato: la restitución económica correspondiente a los daños reales que pudieran afectar al vehículo asegurado como consecuencia de accidente de circulación. Rechaza la alegación de que haya enriquecimiento injusto porque el asegurado no se lucra en modo alguno, únicamente recupera el coste de la reparación efectuada.

19) La STS 1ª de 5-3-2003 (Sierra Gil de la Cuesta) afirma que es delimitadora del riesgo, lo que la excluye de las formalidades del art. 3 LCS, la cláusula que, en un contrato de seguro de responsabilidad civil contratado por un Colegio de Ingenieros Industriales para cubrir a sus afiliados, exige como condición indispensable que la iniciación de las obras esté debidamente autorizada, y en el caso no existía proyecto técnico de obras y calidad. Parece lógico que la aseguradora desee cubrir únicamente los siniestros que se deriven de una actuación profesional mínimamente conforme a los usos profesionales, lo que puede considerarse que no ocurre cuando no existen proyectos técnicos.

20) La STS 1ª de 26-6-2003 (De Asís Garrote) contempla el siguiente caso. Un empresario encarga a uno de sus empleados que recoja un frigorífico de su domicilio para llevarlo a la sede de la empresa. Bajando del domicilio se accidenta y muere; se califica el accidente como laboral. El empresario es condenado a indemnizar a la madre del empleado y después trata de repetir contra la entidad con la que tiene contratado el seguro multirriesgo del hogar. El Tribunal Supremo confirma las sentencias de instancia aplicando la condición general que describe el ámbito de cobertura: la responsabilidad civil en que pueda incurrir el asegurado en su actuación como particular, jefe de familia, habitante o inquilino del inmueble, deportista aficionado... Se extiende explicando que este tipo de seguro cubre la vida privada del propietario de la vivienda, pero no su actividad como empresario, a cuyo efecto existen otros contratos específicos. Por ello, entiende que esta cláusula no es limitativa sino delimitadora del riesgo. Una vez más nos encontramos ante un caso en que la condición general aplicada se corresponde perfectamente con la naturaleza del tipo de seguro contratado; que no hace más que poner de manifiesto su límite normal de cobertura. No es tanto que delimite la cobertura, sino que expresa la cobertura normal del contrato. Obviamente, en este caso no se puede conceptuar como cláusula limitativa, ya que no limita ningún derecho preexistente, no defrauda ninguna expectativa que el asegurado pudiera haberse formado si hubiese meditado con suficiente frialdad qué es lo que cubriría su póliza. Por lo tanto, la razón de la validez de

la cláusula litigiosa no es que, al ser delimitadora del riesgo no deba cumplir con los requisitos de las limitativas de derechos, sino que no es limitativa por poner de manifiesto algo implícito en el tipo contractual.

21) La STS 1ª de 26-1-2004 (Gullón Ballesteros) admite la validez de lo que denomina cláusula de exclusión de riesgos, afirmando que no limita derechos del asegurado porque lo que hace es delimitar el objeto contractual, pese a que se trata de la cláusula quinta de las condiciones generales. Contiene además otros pronunciamientos más que discutibles. El asegurado reclama que se le paguen los daños que sufrió la embarcación de su propiedad (que fue hundida de forma voluntaria y maliciosa), más el premio de salvamento y los demás daños que acreditase a lo largo del procedimiento. El asegurador opone una cláusula, sosteniendo que es delimitadora del riesgo y, por lo tanto, no precisa ser suscrita específicamente, que excluye los riesgos de guerra, apresamiento, saqueo... y sabotaje. En primer lugar, como queda dicho, la Sentencia entiende que la cláusula es delimitadora del riesgo y, por lo tanto, válida sin necesidad de firma específica. A continuación, rechaza aplicar el significado gramatical de la palabra sabotaje, en el sentido de «daño (causado) en ocasión de lucha contra patronos, Estado, fuerzas de ocupación o conflictos sociales o políticos, o incluso, de obstrucción disimulada contra proyectos, órdenes, ideas, etc.», como solicitaba el asegurado al amparo del art. 1.281 CC, en lugar del significado vulgar de «daño producido intencionadamente». Dice la Sentencia que ha de desestimar el motivo porque no se sabe qué sentido se pretendía utilizar y no hay términos claros en el contrato para aclarar la intención de los contratantes. Sin embargo, en este caso no habría que aceptar sin más la interpretación defendida por el asegurador, sino todo lo contrario: acudir al art. 1.288 CC, al 6.2 LCGC o al 10.2 LDCU para aclarar la duda en contra de quien redactó la cláusula y en favor del asegurado, consumidor. A continuación, da la razón al asegurado en cuanto que hubo una aceptación por la aseguradora del siniestro, ofreciendo una cantidad como indemnización tasada por su perito, lo que constituye un acto propio vinculante. Sin embargo, como el asegurado rechazó la cantidad ofrecida y presentó su propia valoración pericial del daño y, ante el desacuerdo existente, no acudió a la designación del tercer perito dirimente, como exige el art. 38 LCS, sino que formuló directamente la reclamación judicial, la Sala desestima su petición por entender imperativo seguir el procedimiento del art. 38 LCS¹³⁰. Solución que también entiendo incorrecta puesto que, si ya existe un acto propio reconociendo la cobertura del siniestro y una valoración mínima, al menos se debería haber otorgado la cantidad admitida por el deudor¹³¹.

CONCLUSIONES: LAS EXPECTATIVAS RAZONABLES DEL ASEGURADO

A la vista de lo dicho, principalmente de las Sentencias examinadas, podemos concluir, en primer lugar y como cosa más llamativa, que, mientras la Sala Segunda del Tribunal Supremo tiene como criterio no reconocer una categoría de cláusulas delimitadoras del riesgo diferenciada de la de las cláusulas limitativas de derechos del asegurado y que, por lo tanto, tuviera un régimen jurídico diferente para alcanzar eficacia, la Sala Primera no tiene un criterio uniforme, ya que unas veces aplica el mismo que la Sala Segunda mientras que otras admite la validez de las cláusulas delimitadoras aunque no cumplan con los requisitos del art. 3 LCS.

En segundo lugar, se observa que la Sala Primera no expresa, no pone de manifiesto, cuando hace esa distinción, cuál es el criterio para diferenciar las cláusulas delimitadoras de las limitativas. Es decir, aunque en ocasiones admita la validez de esas cláusulas llamadas delimitadoras del riesgo, en ninguna sentencia indica qué es lo que las distingue de las limitativas. Esto es tanto más problemático cuanto que, por una parte, la LCS no menciona esta categoría de las cláusulas delimitadoras sino únicamente la de las cláusulas limitativas; por otra, porque las sentencias examinadas que aplican el régimen de las cláusulas limitativas, lo hacen sobre condiciones que tienen como fin también delimitar el riesgo o la indemnización y, de hecho, las aseguradoras defienden su validez afirmando que debe aplicarse la misma doctrina aplicada cuando se admite la eficacia de las cláusulas delimitadoras sin necesidad de suscripción expresa. No existe, por lo tanto, una definición legal ni jurisprudencial de qué son las cláusulas delimitadoras y qué notas o características las diferencia de las limitativas de derechos.

Ahora bien, esta falta de definición no quiere decir necesariamente que el Alto Tribunal decida cada caso arbitrariamente; es preciso ahondar en el estudio para buscar si en sus decisiones subyace un criterio, una línea doctrinal, que nos permita hallar esa frontera no expresada en voz alta entre unas cláusulas y otras.

Así, de todo lo dicho parece seguirse que el Tribunal Supremo resuelve cada caso tratando de llegar a un resultado que satisfaga las expectativas razonables del asegurado (salvo contadas excepciones, en los casos en que hemos señalado que su doctrina es errónea), aunque no lo exprese así de forma manifiesta e incluso utilice razonamientos contradictorios. Es cierto que el Alto Tribunal se contradice a sí mismo, al menos en cuanto a la manera de explicarse, al afirmar unas veces que las cláusulas delimitadoras del riesgo no son limitativas y, por lo tanto, no deben someterse al sistema del art. 3 LCS, mientras que otras sostiene lo contrario sin explicar la razón de ello. Pero si nos detenemos a analizar cada sentencia podemos observar que cuando rechaza esa equiparación, la exoneración del riesgo se corresponde con la cobertura propia del seguro contratado; es

decir, podría sostenerse que la condición general que excluye ese riesgo es innecesaria, redundante, porque alude a algo ya implícito en ese tipo de seguro. Por ejemplo, si, junto con el seguro obligatorio de responsabilidad civil del vehículo, se contrata un seguro de accidentes de las personas transportadas, la condición general que excluye al conductor es superflua, puesto que éste no es transportado sino que es quien transporta (salvo que lo que se contrate es un seguro de *todas las personas transportadas por el vehículo*); el seguro de responsabilidad civil del vehículo cubre los riesgos de la circulación, pero no los accidentes que se produzcan cuando el vehículo no está circulando sino realizando una maniobra industrial o agrícola, evento que se cubrirá por otro tipo de seguro específico; etc., etc.

Cuando el TS rechaza pretensiones como las señaladas alegando que las cláusulas delimitadoras no han de tener el tratamiento de las limitativas, en realidad quiere decir que *esas concretas cláusulas* no necesitan ser aprobadas por el sistema del art. 3 LCS porque ya vienen implícitas en lo contratado, en el tipo contractual seleccionado; porque el asegurado no puede tener una expectativa razonable, legítima, de que el seguro contratado cubra el evento sucedido. Por el contrario, cuando sostiene que deben ser aprobadas con las formalidades apuntadas, es porque restringen en alguna manera lo inicialmente pactado, lo que el asegurado puede esperar que cubra el tipo de seguro contratado: si se quiere excluir del seguro de ocupantes a un familiar próximo, habrá que hacérselo saber convenientemente al asegurado, informándole de qué personas son cubiertas por dicho seguro y de la posibilidad de llegar a incluirlo mediante el pago de una prima superior; de otra manera, esta cláusula es no sólo limitativa sino lesiva, porque defrauda de la manera más radical las expectativas razonables de todo asegurado, al contradecir la finalidad específica de este seguro, con el que se quiere cubrir precisamente los riesgos de las personas que más habitualmente viajan con él.

Aunque el hilo argumental que sigue el Tribunal Supremo en ocasiones no sea formalmente correcto, lo cierto es que sigue una línea en sus decisiones que debe reputarse plenamente ajustada a la dogmática contractual y a la práctica de este sector del tráfico puesto que, más allá de la disquisición de si las cláusulas delimitadoras del riesgo han de ser o no sometidas al régimen del art. 3 LCS por ser limitativas, realiza una interpretación de cada contrato que da adecuada satisfacción a las expectativas razonables de los respectivos asegurados, otorgándoles la indemnización contratada cuando efectivamente el riesgo que se pretendió excluir por el asegurador debía entenderse cubierto, pese a lo que dijese alguna condición general que no se puso en conocimiento del asegurado ni se aceptó por éste, al menos con los requisitos del art. 3 LCS, y negándosela cuando de un análisis de lo acordado se deduce que el riesgo excluido por

la condición general en realidad no debía entenderse cubierto por la definición del objeto del contrato. De hecho, puede encontrarse alguna sentencia en que resuelve la cuestión rechazando la aplicación del art. 3 LCS de manera absolutamente justificada y sin hacer alusión a que la condición general discutida sea o no una cláusula que delimite el riesgo o la indemnización; en concreto, en la STS 1ª de 8-10-2003 (Villagómez Rodil) se rechaza la pretensión del tomador de un seguro sobre su vida, que garantizaba el pago de una cantidad en el caso de muerte o invalidez, de que, una vez percibida la cantidad prevista por haber incurrido en situación de invalidez permanente, se mantuviese la vigencia del seguro en cuanto al riesgo de muerte. Sostiene el asegurado que la condición general que declara la extinción del contrato una vez pagada la cantidad garantizada por invalidez no fue aceptada, pese a ser limitativa de derechos. El Tribunal Supremo declara que ambas garantías, muerte e invalidez, constituyen un conjunto unitario en la póliza, por lo que el pago de una de ellas impide el de la otra: «entenderlo de otra manera llevaría a cobrar el capital suscrito en forma duplicada», dice. En este caso se está resolviendo el litigio analizando el sentido del contrato, qué es lo cubierto, hasta dónde alcanza la garantía suscrita, a partir de la naturaleza del contrato, por lo que una condición general que se limita a recoger algo implícito en la propia esencia del contrato no necesita ser expresamente suscrita, sin necesidad de acudir al argumento artificioso de que se trate de una cláusula de delimitación del riesgo.

En el mismo sentido apuntado, FONT¹³², refiriéndose a los seguros "todo riesgo", señala que debe realizarse una interpretación del contrato que satisfaga las expectativas del asegurado en cuanto a la cobertura que tiene el contrato; y que para la determinación de cuáles puedan ser esas expectativas ha de estarse a los usos del comercio, por una parte, y por otra a la información que haya recibido el asegurado sobre el alcance de la póliza y su cobertura, bien sea oralmente a través del agente con que contratase, o por escrito, mediante folletos, publicidad, escritos anejos o por cualquier otro medio, caso en que el asegurado no podrá alegar el convencimiento de que contrataba el seguro con la cobertura del daño cuya indemnización se rechaza por la cláusula de la que se le informó. Y añade la importante matización de que en esa interpretación habrá de tenerse en cuenta la condición del asegurado, puesto que si es un profesional debe actuar con la diligencia propia de su cargo (hace referencia al art. 133 de la Ley de sociedades anónimas), mientras que si es un consumidor debe adoptar la diligencia propia del buen padre de familia. Esta postura coincide casi totalmente con la teoría de las expectativas razonables formulada originalmente en EE.UU. y que he replanteado a la vista de la normativa española en mi tesis doctoral¹³³, y que, según lo visto hasta aquí, se ajusta al

criterio del Tribunal Supremo cuando examina la validez o no de las cláusulas delimitadoras del riesgo.

Según esta teoría (expuesta esquemáticamente, resumiendo lo indicado en el volumen recién indicado, para no excederme del objetivo de este trabajo), en el marco de los contratos de adhesión, dada la falta de libertad contractual por parte del adherente y en razón del principio de buena fe, con los deberes que del mismo se derivan de información al adherente, y su corolario de respeto a la apariencia creada, el contenido del contrato vendrá determinado por el denominado núcleo del contrato, es decir, por sus elementos esenciales, en cuanto que son los determinantes del consentimiento contractual formulado por el adherente. A este núcleo hay que añadir las demás cláusulas que hayan sido expresamente negociadas entre las partes. Por lo demás, el contrato se completará con las expectativas que el adherente, el asegurado en este caso, se haya formado razonable, legítimamente, a partir del *nomen iuris* del contrato, de la publicidad, tratos previos, usos del mercado, etc., y teniendo en cuenta su propia condición (consumidor, pequeño profesional, gran empresa). Las condiciones generales sólo serán válidas en tanto se correspondan con esas expectativas razonables, porque el predisponente haya tomado en cuenta, al redactarlas, los intereses de sus clientes y disponga las previsiones necesarias para que las conozca antes de suscribirlas.

A la postura de FONT antes apuntada, para una total coincidencia con la teoría de las expectativas razonables, debe hacerse alguna precisión.

Primeramente, que el uso a que alude como criterio para interpretar qué riesgos deben entenderse cubiertos por cada tipo de seguro debe ser el comercial, el que alcanza *opinio iuris* por su aceptación en el tráfico jurídico, pero no el que provenga simplemente de la utilización de determinadas cláusulas delimitadoras entre las condiciones generales por los aseguradoras, como parece admitir en determinado momento¹³⁴, puesto que ello supondría aceptar la teoría normativista de GARRIGUES, a cuya refutación por F. DE CASTRO ya me he referido más arriba¹³⁵.

En segundo lugar, estoy de acuerdo con que la información al asegurado es el medio adecuado para lograr la eficacia de las cláusulas delimitadoras del riesgo (y cualesquiera otras condiciones generales, siempre que no sean abusivas); pero que, suscitado el litigio, debe acreditarse que se suministró esa información, prueba que corresponde al asegurador puesto que es quien pretende su validez; y que se ha previsto legalmente un medio determinado para hacerlo, cual es la firma específica de la cláusula en cuestión, que además debe estar destacada del resto del clausulado, que también ha de ser firmado. Ya he indicado que me parece admisible, y el TS lo ha admitido en el caso que queda

indicado, que se pueda probar el consentimiento por otros medios, pero siempre con un criterio muy restrictivo, riguroso, dada la claridad de la exigencia legal y la variedad de tácticas defraudatorias de su espíritu que utilizan las aseguradoras; y teniendo en cuenta las particularidades del caso, sobre todo en cuanto a la verosimilitud de las declaraciones del agente, si es la única prueba, puesto que éste mantiene una relación contractual con el asegurador y estará interesado en declarar de forma que quede constancia que ha actuado con diligencia y lealtad, aun cuando no haya sido así.

En tercer lugar, ciertamente hay que tener en cuenta la condición del asegurado para interpretar cuáles pudieron ser sus expectativas razonables: si el consumidor contrata un seguro "todo riesgo", lógicamente creará que realmente está previniendo todo tipo de riesgos, salvo que se le advierta suficientemente que no es así; pero incluso cuando quien contrata es un profesional, no se le puede exigir que desarrolle una diligencia extraordinaria para averiguar qué riesgos son los que el asegurador acepta cubrir; es al asegurador a quien corresponde advertirle de las excepciones a la cobertura previsible a priori en razón del tipo contractual, o su denominación; y el asegurado profesional no tiene por qué conocer los usos si se trata del titular de un pequeño negocio, puesto que su giro tampoco exige el conocimiento detallado del negocio del seguro. Además, no puede esperar que el riesgo que se quiere cubrir con carácter principal, en razón de la actividad desarrollada, se excluya por medio de alguna condición general contradictoria con la descripción principal del riesgo, como ocurre en el supuesto examinado por la STS 1ª de 28-5-1999, ya comentada.

En definitiva, cuando el legislador estableció un régimen específico para que determinadas condiciones generales del contrato de seguro alcanzasen validez, estaba pensando precisamente en las cláusulas que restringen la cobertura o la indemnización esperada por el asegurado. Estas cláusulas pueden ser válidas, aún tratándose de contratos de adhesión, porque el "justo equilibrio de contraprestaciones" se mantiene en tanto la prima se corresponda con la cobertura y la indemnización realmente pactados. Pero para ello se requiere que el asegurado haya conocido las restricciones que introducen -es decir, que no le sorprendan- y que sean razonables, que no vacíen el contrato de contenido, que no frustren el fin económico del contrato: que no le priven de su causa. Por lo tanto, no existe una categoría de cláusulas delimitadoras del riesgo o de la indemnización que no precisen cumplir con los requisitos del art. 3 LCS para ser válidas: se trata de una invención de los defensores de las aseguradoras para intentar hacer valer sus cláusulas limitativas sin tener que someterse a esas exigencias legales, y así no perder potenciales clientes. Sin embargo, esa argucia ha alcanzado limitado éxito entre un sector de la

doctrina y ha encontrado cierto eco en la formulación verbal de algunas sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo. Ahora bien, examinadas estas sentencias, las cláusulas cuya eficacia admite no hacen más que manifestar expresamente algo implícito en el contrato. Es decir, las cláusulas válidas como delimitadoras del riesgo en realidad no delimitan nada, no restringen derechos preexistentes, porque simplemente ponen de relieve lo efectivamente contratado. De manera que podrían perfectamente suprimirse sin que por ello se alterase el contenido del contrato.

NOTAS FINALES

¹ Vid., por todos, J. PAGADOR LÓPEZ, "Régimen jurídico de las condiciones generales y particulares del contrato de seguro. (En torno a los conceptos de «cláusula limitativa de los derechos del Asegurado», «cláusula de carácter lesivo para el Asegurado» y «cláusula de delimitación del riesgo objeto de cobertura»)", RES, v. 87 (1996), págs. 83-130, nota 1 (págs. 83-5).

² VERDERA, "Presentación", pág. 66; A. MENÉNDEZ MENÉNDEZ, "Preliminar. Artículos 1 a 4", en el volumen *Comentarios a la Ley de contrato de seguro*, dirigido por Evelio Verdera y Tuells, Colegio Universitario de Estudios Financieros, Madrid, 1982, pág. 115; A. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, en "Reflexiones críticas sobre la protección de los consumidores en el Derecho español", en el volumen *Estudios sobre Consumo*, del propio autor y R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Tecnos, Madrid, 1987, pág. 18; y en "La protección de los consumidores en el Derecho español", en el mismo volumen, págs. 63-4.

³ Se utiliza la expresión *asegurado* en el mismo sentido que el art. 3 LCS comentado: no en sentido técnico, sino aludiendo a todas las posiciones jurídicas afectadas por el contrato de seguro, comprensivo por tanto también del tomador y del beneficiario [en este sentido, F. SÁNCHEZ CALERO, "Comentario al art. 3", en la obra *Comentarios al Código de Comercio y Legislación mercantil especial*, t. XXIV-1º, Edersa, Madrid, 1984, pág. 75; y "Comentario al art. 3", en el volumen *Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*, dirigido por el mismo autor, Aranzadi, Pamplona, 1998, pág. 97; PAGADOR, "Régimen...", nota 10 (pág. 92); J.M. EMBID IRUJO, "Aspectos institucionales y contractuales de la tutela del asegurado en el Derecho español", RES, v. 91 (1997), págs. 7-32, 12].

⁴ En el mismo sentido, PAGADOR, *loc. cit.*; EMBID, "Aspectos institucionales...", págs. 13-4, en que estudia el régimen aplicable al asegurado que sea, al mismo tiempo, consumidor (aunque llega a conclusiones parcialmente distintas de las que luego defenderé). En contra, J. ALFARO ÁGUILA-REAL, "Comentario al art. 1", en *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, dirigidos por A. MENÉNDEZ MENÉNDEZ, L. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Civitas, Madrid, 2002, págs. 97-141, 141, aduciendo que la LCGC es ley posterior a la LCS y, por aplicación del principio de igualdad, si el legislador de la LCGC no quiso proteger a los empresarios frente a las cláusulas abusivas, habrá

que entender que los asegurados empresarios ya no lo están tampoco frente a las cláusulas lesivas: lo contrario supondría una discriminación arbitraria hacia los empresarios de seguros, dice. Me parece que ningún empresario de seguros podrá alegar tal discriminación cuando habitualmente se encuentra en una situación comercial muy superior a la de sus clientes, salvo contadas excepciones.

⁵ Sobre este tema *vid.* ampliamente J.A. BALLESTEROS GARRIDO, "La Ley de condiciones generales de la contratación, Derecho del consumo, Derecho del mercado y ámbito subjetivo del control de las cláusulas abusivas", AC, nº 20 (15 a 21-5-2000), págs. 743-61, *passim*.

⁶ En este sentido, por todos, F. SOTO NIETO, "El seguro de responsabilidad civil y la jurisprudencia del Tribunal Supremo", La Ley, 1993-1, págs. 886-900, 887; y J.A. BALLESTEROS GARRIDO, *Las condiciones generales de los contratos y el principio de autonomía de la voluntad*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1999, págs. 41-51, principalmente.

⁷ Por todos, concretamente en cuanto a las condiciones generales del contrato de seguro, SOTO, "El seguro...", pág. 887.

⁸ "El seguro...", pág. 888.

⁹ En el mismo sentido, I. GONZÁLEZ PACANOWSKA, "Comentario a la STS de 9 de noviembre de 1990", CCJC, v. 24 (1990), págs. 1.203-12, 1.208; M. CARMONA RUANO, "Las cláusulas definitorias y las cláusulas limitativas del contrato de seguro", RES, v. 89 (1997), págs. 69-110, 87; y ALFARO, "Comentario...", pág. 140. Otros autores no hacen esta remisión manifiestamente aunque en su definición de lo que sea cláusula lesiva utilizan expresiones aplicables también a las cláusulas abusivas o, directamente, dice que son las abusivas. Así, SÁNCHEZ CALERO, "Comentario...(1984)", pág. 73 (antes de la promulgación de la LDCU); y A.J. TAPIA HERMIDA, "Aspectos polémicos del seguro de responsabilidad civil. Reflexiones sobre la jurisprudencia reciente", RDM, nº 233, jul.-sept. 1999, págs. 977-1.050, 983; SOTO, "El seguro...", pág. 889; y PAGADOR, "Régimen...", págs. 92 y 102, dicen que es de utilidad el art. 10.1 c.3º LDCU, en su redacción original, pero sin asimilar claramente una cosa y otra.

¹⁰ Para una crítica de esta remisión y de su alcance, *vid.* BALLESTEROS, "La Ley...", *passim*.

¹¹ Sobre la forma en que ha de efectuarse el enjuiciamiento de si una cláusula es o no abusiva, *vid.* J.A. BALLESTEROS GARRIDO, "Buena fe y calificación de condiciones generales de la contratación como abusivas. A propósito de la sentencia de la AP Oviedo de 5 de marzo de 1999 (imposición de subrogación en la hipoteca del promotor inmobiliario)", La Ley, 1 de septiembre de 1999, págs. 1-7, 3-4; *vid.* también las consideraciones de J.R. SALELLES, "Delimitación del riesgo y limitación de los derechos de los asegurados en el contrato de seguro de responsabilidad civil profesional", RDM, nº 245 (2002), págs. 1.125-83, 1.154-59.

¹² En este sentido, SÁNCHEZ CALERO, "Comentario...(1984)", págs. 72-3; MENÉNDEZ MENÉNDEZ, "Preliminar...", pág. 128, quien dice que la prohibición de las cláusulas lesivas poca protección podrá añadir a la del art. 2, previsión desmentida por la abundantísima jurisprudencia sobre la materia; SOTO, "El seguro...", pág. 889; PÉREZ-SERRABONA, *El contrato...*, pág. 258.

¹³ Antes de la aprobación de la LDCU, MENÉNDEZ MENÉNDEZ, "Preliminar...", pág. 128; y SÁNCHEZ CALERO, "Comentario...(1984)", pág. 73, limitaban la prohibición de las cláusulas lesivas a las condiciones generales; con posterioridad a su promulgación, PÉREZ-SERRABONA, *El contrato...*, págs. 258-9 y 270, sigue manteniendo esa opinión. En sentido opuesto, PAGADOR, "Régimen...", nota 11 (págs. 92-3); y EMBID, "Aspectos...", pág. 27, defienden que el control de lesividad se extiende a las cláusulas particulares, sin matización alguna. SALELLES, "Delimitación...", págs. 1.143-52, extiende la prohibición a todas las cláusulas impuestas, no negociadas expresamente. M. COCA PAYERAS, "Comentario a la STS de 20-3-1991", CCJC, v. 26 (1991), págs. 427-40, 436-7, afirma que, de acuerdo con la letra del art. 3 LCS el control de contenido sólo afecta a las condiciones generales, pero lo más razonable es realizar el control de todo el contrato en conjunto; tras la reforma de la LDCU y siguiendo el criterio de la Directiva 93/13/CEE, el control se centra en las condiciones generales pero teniendo en cuenta la totalidad de las circunstancias en que se celebró el contrato, incluso la relación calidad/precio.

¹⁴ *Vid.* un estudio de esta cuestión en BALLESTEROS, *Las condiciones...*, págs. 89-90; y en J.M. BADENAS CARPIO, "Comentario al art. 2", en el volumen *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, coordinado por R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Aranzadi, Pamplona, 1999, págs. 37-92, 53-8, en donde explica ampliamente las razones económicas y jurídicas para equiparar la protección frente a las condiciones generales a profesionales y consumidores, dando por buena la solución del art. 2 LCGC al extender su ámbito personal de aplicación a todos los adherentes; a continuación, págs. 58-62, explica cómo la AGBG alemana se aplica a profesionales y consumidores con gran beneficio para el tráfico; sin embargo, más adelante, pág. 79, se opone a la aplicación analógica del control del contenido a los profesionales. En el mismo sentido, M. PASQUAU LIAÑO, "Comentario a los arts. 9 y 10", en el volumen *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, coordinado por R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Aranzadi, Pamplona, 1999, págs. 271-309, 272-6. Muy recientemente, la STS 1ª 21-2-2003 (Martínez-Pereda Rodríguez) aplica el art. 10 LDCU a un asegurado profesional, conductor de camión.

Y se puede ir incluso más lejos: se puede entender que el control de contenido de las condiciones generales se extiende a todos los adherentes, incluso los profesionales, si bien sólo en lo referente a la aplicación de la cláusula prohibitiva en general de las condiciones abusivas, mientras que la lista negra sería aplicable sólo a los consumidores: *vid.* BALLESTEROS, "La Ley...", *passim* y, sobre todo, págs. 753-9; y R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, "Comentario al art. 8", en el volumen *Comentarios a la Ley sobre Condiciones generales de la contratación*, coordinado por el propio autor, Aranzadi, Pamplona, 1999, págs. 259-69, *passim*.

J.M. MIQUEL, "Artículo 8. Nulidad", en el volumen *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, dirigidas por el propio autor y L. Díez-Picazo y Ponce de León, Civitas, Madrid, 2002, págs. 428-82, *passim*, realiza un profundo examen de la cuestión; señala que en la tramitación parlamentaria de la Ley se rechazaron dos enmiendas, de Coalición Canaria y del Grupo Socialista, que pretendían extender el control del contenido a los

profesionales, aduciendo el representante del Grupo Popular que se introduciría un factor de rigidez en materia contractual no aconsejable para nuestro país y que sólo cabe regular específicamente el desequilibrio contractual cuando existe un consumidor; decía el ponente que, en las relaciones entre profesionales, "aun cuando es perfectamente posible la regulación y definición de supuestos de abuso contractual, se ha querido dejar a la discrecionalidad del juez en la aplicación de las reglas generales, buscándose con ello un equilibrio entre libertad empresarial y protección, frente al poder normativo que conllevan las condiciones generales." Obsérvese que este argumento en realidad remite a un control de contenido de los contratos entre profesionales a través de la cláusula general prohibitiva de las condiciones generales abusivas (cuya valoración en cada caso queda a la discrecionalidad del juez), limitando la aplicación de la lista negra (esos llamados supuestos de abuso contractual) a los contratos con consumidores; por ello, el rechazo de estas enmiendas sólo puede entenderse si se acepta que hubo un error de concepción de lo que se estaba haciendo al realizar la remisión a la LDCU, porque no se comprendió bien el sentido o la articulación de la cláusula general prohibitiva. Volviendo al comentario de MIQUEL, realiza una crítica demoledora del art. 8 LCGC por dejar fuera el control del contenido en los contratos entre consumidores, al contrario de lo que sucede en Alemania, señalando que da lugar a la desigualdad de que los contratos de seguro sí estén sujetos a ese control mientras que el resto de contratos no lo esté; indica que el Tribunal Supremo aplicó ese control por analogía o por desarrollo de la fuerza expansiva del principio de buena fe con apoyo en las cláusulas generales de los arts. 7.1 y 1.258 CC. Pero a continuación examina las distintas posibilidades de realizar ese control con arreglo a la ley y concluye que ninguna de ellas es posible, *de lege data*, salvo que haya contravención de normas imperativas o de los límites generales de la autonomía privada del art. 1.255 CC. En particular, en cuanto a la analogía, indica (págs. 454-6) que la propia letra de la LCGC excluye que exista un vacío legal, por lo que el recurso a esta figura es inviable. Y rechaza también (en págs. 456-9) la posibilidad defendida por mí y por R. Bercovitz (a la que me acabo de referir en esta misma nota) de que tal como está la Ley se pueda aplicar la cláusula general prohibitiva de condiciones generales abusivas a los contratos entre profesionales porque las enmiendas para extender la protección a los profesionales fueron expresamente rechazadas.

En sentido opuesto a todo lo visto hasta aquí, ALFARO, "Comentario...", págs. 139-40, dice que el art. 8 LCGC deroga el control del contenido en los contratos de seguro entre profesionales, porque ha de interpretarse el art. 3 LCS conforme a la nueva ley, que excluye este tipo de control entre profesionales; además, dice que no sería lógico que unos tipos de contratos estuviesen sometidos a control de contenido y otros no. Esta tesis es inaceptable, primero porque la intención de la LCGC es incrementar los niveles de control sobre las condiciones generales, no disminuirlos; segundo, porque, como ha indicado MIQUEL, "Artículo 8...", págs. 436-7, antes de la promulgación de la LCGC ya existía esa diferencia de control entre distintos tipos de contratos (sin perjuicio de que sería lógico que todos estuviesen

sometidos a los mismos controles) y la letra del art. 8 LCGC no permite llegar a la conclusión de ALFARO dado que la LCS es una norma imperativa y dicho artículo mantiene la nulidad de las cláusulas contrarias a leyes imperativas

¹⁵ En el mismo sentido, SÁNCHEZ CALERO, "Comentario...(1984)", pág. 61, que diferencia entre condiciones generales, especiales y particulares; y PAGADOR, "Régimen...", nota 5, pág. 89.

¹⁶ PAGADOR, "Régimen...", pág. 93, dice que se viene admitiendo que las cláusulas limitativas son «aquéllas que, sin llegar a ser inicuas, desproporcionadas o injustas, empeoran la posición negocial del Asegurado -recortan o limitan los derechos que para él resultan de la misma- y que sólo se admiten -pero, a diferencia de las lesivas, sí pueden llegar a ser admitidas- en la medida en que sean especialmente destacadas en el contrato y específicamente aceptadas por el Asegurado (artículo 3.1 último inciso de la LCS).» En el mismo sentido, SOTO, "El seguro...", pág. 890; y TAPIA, "Aspectos...", pág. 983.

¹⁷ BALLESTEROS, *Las condiciones...*, págs. 246-57 y 274-7, principalmente. En el mismo sentido, R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, "Comentario a la disposición adicional primera.Tres: Arts. 10 bis.1 LGDCU", en el volumen *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, coordinado por el propio autor, Aranzadi, Pamplona, 1999, págs. 753-69, 758-9.

¹⁸ "Aspectos...", pág. 983.

¹⁹ PAGADOR, "Régimen...", pág. 93, dice, en este mismo sentido, que «no son, en rigor, cláusulas limitativas de los derechos de los Asegurados, sino que, más bien, vienen a determinarlos o, si se prefiere, delimitarlos, por lo que no pueden equipararse, sin más, a éstas.»

²⁰ "Las cláusulas definitorias...", págs. 71-2; J.L. BARRÓN DE BENITO, *Condiciones Generales de la Contratación y Contrato de Seguro*, Dykinson, Madrid, 1998, págs. 125-6, también adopta esta clasificación. Ambos la desarrollan con supuestos prácticos en las páginas siguientes.

²¹ En este sentido, PAGADOR, "Régimen...", págs. 102-3; BARRÓN, *Condiciones...*, págs. 121-2, con apoyo en la Exposición de Motivos de la Directiva 93/13 CEE, de la que me ocupo a continuación.

²² En este sentido, J. ALFARO ÁGUILA-REAL: *Las condiciones generales de la contratación*, Civitas, Madrid, 1991, págs. 138-46.

²³ COM(90) 322, DO C 243, de 28/9/1990.

²⁴ La Propuesta de Directiva fue objeto de serias críticas por un sector de la doctrina, principalmente alemana, que entendía que los precios deben quedar regulados por el mercado y que la intervención de los poderes públicos debe limitarse a mejorar su transparencia (vid. H.E. BRANDNER/P. ULMER, "The Community Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts: Some Critical Remarks on the Proposal Submitted by the EC Commission", C.M.L.R., v. 28, 1991, págs. 647-62, 655-6).

²⁵ T. WILHELMSSON, "The Unfair Contract Terms Directive and the Nordic contract model", documentación entregada en las Jornadas sobre «La Directiva "Cláusulas abusivas", 5 años después», celebradas en Bruselas los días 1 a 3 de julio de 1999, págs. 8-9. H. MICKLITZ, "Obligation of Clarity and Favourable Interpretation to the Consumer", documentación entregada en las Jornadas sobre «La Directiva "Cláusulas abusivas", 5 años después», celebradas en Bruselas los días 1 a 3 de julio de 1999, pág. 8; y M. TENREIRO/J.

KARSTEN, "Unfair Terms in Consumer Contracts: Uncertainties, contradictions and novelties of a Directive", documentación entregada en las Jornadas sobre «La Directiva "Cláusulas abusivas", 5 años después», celebradas en Bruselas los días 1 a 3 de julio de 1999, págs. 19-20, señalan que esta amplitud del control responde a la idea de que los contratos constituyen un modo de redistribuir la riqueza, de manera razonable y equitativa, en el seno de la sociedad; el propio WILHELMSSON, *op.cit.*, *passim*, indica que la legislación nórdica tiene un carácter marcadamente más social que el del resto de la Unión europea y pretende garantizar la equidad en conjunto dentro de la relación contractual; y expone su preocupación por la influencia negativa que la Directiva puede tener en aquel ámbito.

²⁶ M.O. THIRY-DUARTE, "Rapport sur l'application pratique de la directive 93/13/CEE en France", documentación entregada en las Jornadas sobre «La Directiva "Cláusulas abusivas", 5 años después», celebradas en Bruselas los días 1 a 3 de julio de 1999, pág. 2.

²⁷ *Apud* GONZÁLEZ PACANOWSKA, "Comentario...", pág. 1.209, quien cita autores alemanes al respecto.

²⁸ Sobre el requisito de la imposición y su sentido, *vid.* ALFARO, *Las condiciones...*, págs. 126-46; y BALLESTEROS, *Las condiciones...*, págs. 76-81.

²⁹ Enmienda nº 56, Boletín Oficial de las Cortes Generales de 23/10/1997. Sobre la aprobación de esta enmienda, *vid.* I. GONZÁLEZ PACANOWSKA, "Comentario al art. 7", en el volumen *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, coordinado por R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Aranzadi, Pamplona, 1999, págs. 235-58, 250-1; y R. BERCOVITZ, "Comentario a la disposición adicional...", págs. 754-5.

³⁰ A. MENÉNDEZ MENÉNDEZ, "El proceso de elaboración de la disciplina sobre condiciones generales en nuestro ordenamiento", en el volumen *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, dirigidas por el propio autor y L. Díez-Picazo y Ponce de León, Civitas, Madrid, 2002, págs. 49-59, 58, considera especialmente grave la supresión de la frase que impedía calificar como abusiva la descripción de los elementos esenciales del contrato.

ALFARO, "Comentario...", págs. 129-35, sostiene que la decisión del legislador español es errónea; que el hecho de que la Directiva sea de mínimos no le permitía ampliar la protección al consumidor incluyendo el control de los precios, que ese control por parte de los jueces sería inconstitucional por afectar a la libertad de mercado e incluso que las cláusulas que regulan los elementos esenciales no se pueden considerar condiciones predispuestas. También R. BERCOVITZ, "Comentario a la disposición...", págs. 763-4, dice que no se puede controlar directamente el precio, pese a que anteriormente se había hecho eco de la enmienda de IU y su aprobación (*vid.* nota anterior). Y J.M. MIQUEL, "Artículo...", pág. 435; y en "Disposición Adicional Primera, Tres", en la misma obra colectiva, págs. 893-964, 893-4, dice que la aprobación de la enmienda de IU sólo puede explicarse por un error en la votación; en págs. 908-13 dice que el hecho de que la Directiva sea de mínimos permite incrementar el nivel de protección a los consumidores que establece, pero en forma compatible con el Tratado de la Unión y sus fines y sin

contradecir lo establecido en la propia Directiva. Considera que el control de los elementos esenciales constituiría una transgresión de la Directiva. Dice que la LDCU no establece un control de precios; que sería constitucional algún tipo de control, pero no un control general a través de una cláusula en blanco, cuya determinación quedase al arbitrio judicial. Afirma que el art. 4.2 de la Directiva ordena no establecer un control de los elementos esenciales; que la nueva redacción de la LDCU se ha limitado a no transcribir ese precepto pero sin llegar a establecer tal control; el de los acuerdos sobre elementos esenciales está excluido por tratarse de acuerdos individuales (arts. 10.1 y 10.bis LDCU), mientras que su regulación mediante condiciones generales o cláusulas predispuestas está excluido por la interpretación integradora de la LDCU con el art. 4.2 de la Directiva, corroborado con el texto de los arts. 10.1 c) y 10.bis LDCU, que no hablan de contraprestaciones sino de derechos y obligaciones; y de conformidad con el art. 1.2 LDCU que proclama el mantenimiento de los principios de la economía de mercado de acuerdo con la Constitución. Concluye que el precio debe controlarse sólo por la competencia, salvo que se trate de cláusulas poco claras o comprensibles, caso en que están sometidas al control de inclusión y transparencia, cuestión que estudia ampliamente en págs. 913-28. También F. PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, "Los elementos esenciales del contrato y el control de las condiciones generales", *Aranzadi Civil*, enero 2004, págs. 15-27, 26, opina que la aprobación de la enmienda presentada por el Grupo parlamentario de IU se debió a un error en la votación.

Sin embargo, debo insistir en lo expuesto en el texto: la enmienda de IU fue aprobada, y en su defensa se aludió expresamente a la necesidad de establecer un control sobre el precio, particularmente el de los préstamos; si se aprobó por un error en la votación, oportunidades hubo de corregir el error, pero no se hizo, pese a que en otros aspectos sí se modificó la Ley, lo que descarta esa tesis. Y los principios constitucionales de libertad de empresa no impiden el control de una fijación del precio impuesta unilateralmente cuando existen circunstancias en el mercado o en los contratantes que permiten el abuso de derecho por uno de los contratantes.

³¹ Vid., en particular, C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, "Transcendencia del principio de protección a los consumidores en el Derecho de obligaciones", *ADC*, 1994-I, págs. 34-89, 39-54 y 68-73, sobre todo; y N. REICH, *Mercado y Derecho*, Ariel, Madrid, 1985 (trad. A. Font), págs. 158-76, principalmente.

³² MICKLITZ, "Obligation...", pág. 9; y TENREIRO/KARSTEN, "Unfair Terms...", pág. 20, señalan que un precio excesivo no puede ser directamente el objeto del control de equidad (refiriéndose a la Directiva); pero una cláusula que autorice una elevación de precios puede ser juzgada abusiva con motivo de que el precio inicial fuese demasiado elevado. En este mismo sentido R. BERCOVITZ, "Comentario a la disposición...", págs. 763-5, quien sostiene que es lícito que el consumidor haya aceptado una reducción de derechos o incremento de obligaciones a cambio de un precio más bajo.

³³ MICKLITZ, "Obligation...", pág. 6, hace referencia a un caso particular de falta de transparencia del que se han ocupado las asociaciones de consumidores de Alemania: en los contratos para la

atención integral de ancianos se fija un precio único y global por el servicio, a pesar de que engloba tres prestaciones bien diferenciadas: alojamiento, manutención y cuidados personales; las asociaciones de consumidores exigen que se desglose el precio de cada uno de esos servicios para que cada usuario pueda valorar si le es más ventajoso contratar el servicio completo o sólo alguno de ellos. Sostienen que la fijación global del precio no permite una comparación de precios, lo que da lugar a una falta de transparencia.

³⁴MICKLITZ, "Obligation...", págs. 8-9; M. TENREIRO, "Les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs (Directive n° 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993)", documentación entregada en las Jornadas sobre «La Directiva "Cláusulas abusivas", 5 años después», celebradas en Bruselas los días 1 a 3 de julio de 1999, pág. 2; TENREIRO/KARSTEN, "Unfair Terms...", pág. 20. P. KOLBA, Peter: "Report on the practical implementation of Directive 93/13/EEC in Austria", documentación entregada en las Jornadas sobre «La Directiva "Cláusulas abusivas", 5 años después», celebradas en Bruselas los días 1 a 3 de julio de 1999, pág. 10, indica que los tribunales austríacos exigen para considerar válidas las cláusulas que permiten al profesional modificar los precios que las circunstancias que den lugar a la modificación estén definidas en el contrato y sean independientes de la voluntad del profesional; que la modificación esté objetivamente justificada; y que la modificación sea posible tanto al alza como a la baja. Para el ordenamiento español, en el mismo sentido, GONZÁLEZ PACANOWSKA, "Comentario...", pág. 1.209.

³⁵ PERTÍÑEZ, "Los elementos...", págs. 25-7, pone una serie de ejemplos de cláusulas relativas al precio y que son susceptibles de control de contenido por su falta de transparencia que se refieren en todos los casos a contratos bancarios: las cláusulas que establecen las fechas de devengo y liquidación en un crédito hipotecario, la fecha de valoración de los abonos e ingresos en el contrato de cuenta corriente; la cláusula relativa al cálculo del interés devengado en un contrato de crédito, que impone como divisor la cifra de 360 en lugar de 365. La única cláusula que menciona que no está directamente relacionada con contratos bancarios es la que impone al comprador de un inmueble el pago del impuesto municipal de plusvalía, que corresponde en principio al vendedor, y que hace depender de que haya o no un pacto expreso, puesto que ello determinará si la cláusula es o no transparente; en este punto no puedo mostrarme de acuerdo con este autor: aunque exista conocimiento pleno por el comprador de esta cláusula, creo que debe considerarse como abusiva (así lo han defendido también F. CUENCA ANAYA, "Cláusulas abusivas en ventas empresariales de viviendas", AC, 1995-1, págs. 239-46, 241-4; y J.L. MEZQUITA DEL CACHO, "Cláusulas reprobables en la contratación inmobiliaria y crediticia de adhesión relativa a viviendas", AC, 1995-1, págs. 247-63, 254-5). Más allá de establecer el precio del inmueble en venta, se percibe, y es, en realidad, un añadido al precio del inmueble propiamente dicho que no está justificado en modo alguno. Este impuesto grava un incremento de valor obtenido por el vendedor (profesional, en el ámbito en que aquí se trata) durante el tiempo que ha tenido la finca en su poder; tiempo que el comprador no puede controlar (en muchos casos se mantiene especulativamente la finca sin construir durante muchos años); el

impuesto grava directa y exclusivamente al vendedor, sin posibilidad de que la Administración tributaria local se dirija contra el comprador, desde la aprobación de la Ley de Haciendas Locales, a diferencia de la situación legal anterior, en que se consideraba al comprador como sustituto del vendedor; por otro lado, el comprador no está legitimado para impugnar una liquidación eventualmente excesiva, al no ser sujeto pasivo, mientras que el vendedor no estará interesado en tomarse la molestia o hacer el gasto de pagar un abogado para impugnarla, en beneficio de su cliente; y el vendedor puede deducir el importe de lo pagado por el impuesto en su liquidación del de sociedades o del IRPF, si es empresario persona física. Y es a todas luces injusto que el comprador pague un impuesto por el beneficio obtenido en la operación por el vendedor. Si el comprador acepta el pago del impuesto, no lo hace tras una negociación en pie de igualdad, sino como aceptación de una imposición que no ha tenido medio de eludir. De hecho, cada vez son menos las empresas y las zonas de España en que se mantiene la práctica de imponer al comprador que pague el impuesto.

³⁶ De hecho, la propia Directiva, en su versión alemana, se refiere a esto: donde la versión española dice: "ya que dichas limitaciones se tienen en cuenta..." (y las versiones francesa e inglesa se expresan en el mismo sentido), la alemana utiliza la conjunción *sofern*, que traducido diría: "en tanto dichas limitaciones..." [apud WILHELMSSON, "The Unfair...", nota 27 (pág. 9)]; MICKLITZ, "Obligation...", pág. 9, basándose en la versión alemana, señala que para que las cláusulas que delimitan el riesgo estén excluidas del ámbito de la Directiva, ésta exige, precisamente en el párrafo decimonoveno de la Exposición de Motivos, que el precio se corresponda con esa delimitación del riesgo, es decir, que cuando se excluya algún riesgo de cobertura la prima debe ser más barata (en el mismo sentido, TENREIRO, "Les clauses...", pág. 2; y TENREIRO/KARSTEN, "Unfair Terms...", págs. 20-1, sin referencia a la versión alemana), además de que la exclusión sea clara y transparente; y que este criterio debería extenderse a todos los contratos: para enjuiciar la equidad de una cláusula que excluya alguna expectativa del adherente debe comprobarse que haya una bajada proporcional del precio.

³⁷ La realidad de esta práctica viene confirmada por G. CASTELLANOS MURGA, "Condiciones generales e la contratación y seguro (oportunidad real de su conocimiento vs. ulterior reequilibrio del contrato)", RDSP, v.4 (2001), págs. 7-14, 11 (confirmación tanto más valiosa en cuanto que el autor forma parte de la asesoría de una aseguradora, según manifiesta.

³⁸ STS 1ª de 26-5-1989 (Malpica González-Elipe): "En los vehículos de motor de uso privado, que son la mayoría de los circulantes, el porcentaje de personas familiarmente allegadas es infinitamente superior a las extrañas, por lo que la exclusión de las primeras como personas protegidas por el seguro de responsabilidad civil contra terceros, aunque puedan serlo por vía del seguro de ocupantes del vehículo, pudiera entrañar una fuerte desproporción de contraprestaciones exenta en alguna medida de la exigible equidad del art. 10.1 c) L 26/1984 de 19 Jul. (Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios), cuya nulidad posible podría ser objeto de consideración futura por la Administración Pública conforme al mandato que encierra el art. 3.3 LCS." La STS

1ª de 20-7-1992 (Martín-Granizo Fernández) también deniega la aplicación de una cláusula semejante pero alegando que es contradictoria con la cláusula particular que incluye en la cobertura de los daños a las personas transportadas, dando lugar a una oscuridad que debe interpretarse en favor del asegurado; el razonamiento no es muy correcto técnicamente, pero se transluce que se considera abusiva la exclusión. En parecido sentido se pronuncian las SsTS 1ª de 22-2-1989 (Ortega Torres) y de 1-4-1991 (Casares Córdoba). En cambio, la STS 1ª de 20-3-1991 (Burgos y Pérez de Andrade), aplica llanamente la misma cláusula sin plantearse su carácter abusivo o limitativo. Debe tenerse en cuenta que el seguro obligatorio sí cubre (art. 5.1 y 2 de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor) a todos los ocupantes del automóvil, excepto el conductor, en cuanto a los daños personales; en cambio, en cuanto a los materiales, excluye los causados a objetos propiedad de cónyuge o parientes hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad del tomador, asegurado, propietario y conductor, sin exigir el requisito de la dependencia económica del mismo, como hace la Tercera Directiva; sobre la evolución de esta previsión y crítica a la restricción apuntada por la desviación respecto a la Directiva, *vid.* CARMONA, "Las cláusulas...", págs. 80-1.

³⁹ STS 1ª 23-10-2002 (Villagómez Rodil).

⁴⁰ STS 1ª 17-7-2000 (García Varela).

⁴¹ SsTS 1ª de 20-3-1991 (Fernández Rodríguez) y de 23-4-1992 (Gullón Ballesteros).

⁴² PAGADOR, "Régimen...", nota 16 (págs. 97-9); CARMONA, "Las cláusulas...", págs. 72-9; BARRÓN, *Condiciones...*, págs. 141-61; y TAPIA, "Aspectos...", págs. 991-1.001. Una opinión contraria a lo expresado en A. FONT RIBAS, "Estudio introductorio" en el volumen *Contratos de Seguro: Exclusión de Cobertura y Cláusulas Limitativas. La jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la delimitación del objeto y la limitación de derechos en el contrato de seguro*, dirigido por Alfonso Hernández Moreno, Cedecs Ed., Barcelona, 1998, pág. 52. Obsérvese el problema que se plantea al asegurado si no está atento al juego de posibles combinaciones entre las cláusulas admisibles: si primero contrata un seguro que limite la cobertura a las reclamaciones efectuadas durante su vigencia, aunque el nacimiento de la obligación naciese al menos un año antes; y, al término de ese contrato con sus prórrogas contrata otro con la cláusula que limita la indemnización a que la reclamación se efectúe durante su vigencia o en el año siguiente, siempre que la obligación de indemnizar naciese durante su vigencia, no quedarían cubiertos los casos en que el hecho dañoso se produjese durante la vigencia del primer contrato pero se reclamase durante la vigencia del segundo.

⁴³ Supuesto examinado en la STS 1ª de 29-1-1996 (Villagómez Rodil) que, tras descartar que la estimación de la demanda del asegurado suponga un desequilibrio de las prestaciones de las partes, rechaza el recurso interpuesto por la aseguradora con base en argumentos interpretativos, de prevalencia de las cláusulas principales sobre las accesorias, de falta de claridad de la póliza y por la no aceptación por el asegurado de la cláusula que establecía el baremo. La STS 4ª de 23-7-1998 (Martín Valverde) también excluye la aplicación del baremo en un caso de póliza contratada por la empresa como mejora de las prestaciones de la

Seguridad Social: las definiciones deben coincidir con las de la Seguridad Social para conceder la indemnización pactada para cada grado de invalidez, sin que el baremo sea aplicable más que en caso de invalidez parcial.

⁴⁴ En este sentido, la STS 1ª de 30-4-1999 (Menéndez Hernández) aplica un baremo como el indicado porque fue expresamente pactado para el caso de invalidez parcial, con la particularidad de que existe en el condicionado general una remisión a las tablas de valoración de la Seguridad Social que no admite el Tribunal por no haberse adjuntado al contrato y porque existe un segundo baremo pactado expresamente y que es más favorable al asegurado.

⁴⁵ "Régimen...", págs. 107-15; asumen su teoría BARRÓN, *Condiciones...*, págs. 124-5; y FONT, *Contratos...*, págs. 40-1.

⁴⁶ Lo habitual es que las cláusulas sorprendentes sean a la vez abusivas, como señala ALFARO, *Las condiciones...*, pág. 255.

⁴⁷ GONZÁLEZ PACANOWSKA, "Comentario al art. 7", págs. 256-8. Sobre el sentido de esta prohibición, su enclave en el control de inclusión y su estrecha relación con el del contenido, como "vanguardia" del mismo, *vid.* ALFARO, *Las condiciones...*, págs. 241-75; y BALLESTEROS, *Las condiciones...*, págs. 266-8.

⁴⁸ ALFARO, *Las condiciones...*, págs. 251-2; BALLESTEROS, *ult. loc. cit.*

⁴⁹ *Las condiciones...*, pág. 244.

⁵⁰ Énfasis en el original. Se refiere a que las cláusulas sorprendentes no se han podido incorporar al contrato por falta de consentimiento contractual, justamente por el hecho de no ser conocidas.

⁵¹ ALFARO, *Las condiciones...*, pág. 254 y 272-4; BALLESTEROS, *Las condiciones...*, págs. 267 y 212-17 (en el marco de la doctrina de las expectativas razonables del adherente); sobre la obligación de información que pesa sobre el oferente, *vid.* BALLESTEROS, *op.cit.*, págs. 233-45.

⁵² ALFARO, *Las condiciones...*, pág. 254.

⁵³ La afirmación anterior de que las cláusulas sorprendentes normalmente también son abusivas es cierta también a la inversa: las cláusulas abusivas suelen sorprender al adherente)

⁵⁴ En parecido sentido, FONT, *Contratos...*, pág. 51, quien incluso afirma que en estos casos "se produce un desequilibrio patrimonial en perjuicio del asegurado: la prima pagada para cubrir el riesgo excede probablemente del resultado del cálculo del importe previsto para la cobertura de tal tipo de siniestros, pero no porque se le limiten los derechos, sino porque existe una distorsión que afecta a la minoración cuantitativa e injustificada del objeto del contrato, y, por ende, a su causa."

⁵⁵ EMBID, "Aspectos...", págs. 23-4; FELIÚ, "Comentario...", págs. 55-6; R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, "Comentario al art. 1", en el volumen *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, coordinado por el propio autor, Aranzadi, Pamplona, 1999, págs. 23-36, 32-3; I. GONZÁLEZ PACANOWSKA, "Comentario al art. 5", en el volumen *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, coordinado por R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Aranzadi, Pamplona, 1999, págs. 139-92, 148. ALFARO, *Las condiciones...*, págs. 192-202, sin embargo, sostiene que, aunque efectivamente los requisitos de incorporación al contrato deberían cumplir la función indicada, no han alcanzado eficacia en ese sentido porque los adherentes no estudian los

condicionados generales que les presentan ni comparan entre los de los distintos competidores; por ello, y en razón del error de que parte el legislador, al seguir la teoría contractualista en cuanto a la validez de las condiciones generales de la contratación, la función que se asigna a estos requisitos es de publicidad de los derechos que se conceden al adherente, por lo que, para que se aperciba correctamente de cuáles son, deben estar redactadas de forma clara, sencilla, etc. He rebatido esta argumentación en BALLESTEROS, *Las condiciones...*, págs. 258-65.

⁵⁶ En el mismo sentido, PAGADOR, "Régimen...", nota 39 (págs. 124-5). Por ello, la STS 1ª de 23-10-2002 (Villagómez Rodil) yerra al decir que la cláusula litigiosa en el supuesto que enjuicia era lesiva por no haber sido aceptada expresamente; sin embargo, a continuación hace un enjuicamiento muy elaborado de la razón por la que ha de considerarse efectivamente lesiva.

⁵⁷ Como señala GONZÁLEZ PACANOWSKA, "Comentario al art. 5...", págs. 149-50, las reglas de incorporación al contrato no pretenden dar lugar a un verdadero acuerdo contractual, sino establecer unas reglas procedimentales para que se pueda entender concluido un contrato integrado con condiciones generales.

⁵⁸ *Vid.*, ampliamente, BALLESTEROS, *Las condiciones...*, págs. 17-58.

⁵⁹ PÉREZ SERRABONA, *El contrato...*, págs. 123-5.

⁶⁰ Como hace el art. 5 del Decreto-ley portugués 446/85, de 25-10, sobre cláusulas contractuales generales (modificado parcialmente por el 220/95, de 31-1), que exige la comunicación íntegra de las condiciones generales de la contratación de modo adecuado y con la antelación necesaria para que, teniendo en cuenta la importancia del contrato y la extensión y complejidad de las cláusulas, sea posible su conocimiento completo y efectivo por quien use de la común diligencia, y carga la prueba de la comunicación adecuada y efectiva al oferente. Y el art. 6 establece un particular deber de información a cargo del oferente sobre los aspectos comprendidos en las condiciones generales cuya aclaración se justifique de acuerdo con las circunstancias. En el mismo sentido, CASTELLANOS, "Condiciones...", págs. 8 y 10.

⁶¹ Como defiende Mª.C. GETE-ALONSO Y CALERA, "Comentario al art. 7", en el volumen *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, coordinados por I. Arroyo Martínez/J. Miquel Rodríguez, Tecnos, Madrid, 1999, págs. 71-80, 77-8, y apunta también FELIÚ, "Comentario...", pág. 56.

⁶² Es la función probatoria de la póliza, a que se refiere PÉREZ-SERRABONA, *El contrato...*, págs. 120-2, y respecto a los formularios contractuales en general, FELIÚ, "Comentario...", pág. 58.

⁶³ "Comentario...(1984)", pág. 71.

⁶⁴ En parecido sentido, N.I. MORALEJO IMBERNÓN, "Comentario a la disposición adicional primera.Seis: Disposición adicional 1ª.V.20ª LGDCU", en el volumen *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, coordinado por R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Aranzadi, Pamplona, 1999, págs. 1.133-55, 1.153-5, recoge ejemplos de cláusulas al uso que entrarían dentro de la prohibición de este precepto, semejantes a la comentada. En pág. 1.134, señala que esta prohibición constituye una norma de control del contenido, pero recoge una prescripción típica del control de inclusión. Y en págs. 1.149-50 indica que el objeto de esta prohibición es evitar que el control de inclusión sea ilusorio. También S. DURANY PICH, "Disposición Adicional Primera, Modificación de la Ley 26/1984 de

19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, Seis.V.20", págs. 1.228-40, 1.237, cita esta cláusula entre las que se incluirían en el ámbito de esta prohibición.

⁶⁵ En el mismo sentido, CASTELLANOS, "Condiciones...", págs. 11 y 13; y, refiriéndose genéricamente a los requisitos de inclusión de la LDCU, S. NAVAS NAVARRO, "Comentario a la Disposición Adicional Primera, Seis, cláusula 20", en el volumen *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, coordinados por I. Arroyo Martínez/J. Miquel Rodríguez, Tecnos, Madrid, 1999, págs. 417-23, 422.

⁶⁶ Muy expresivamente, la de 20-11-2003 dice:

«...sin que tampoco suponga "específica" aceptación la frase que figura al final de las "condiciones particulares" en el sentido de que "el tomador del seguro declara conocer todas las condiciones generales, particulares y demás anexos de esta póliza", por su evidente generalidad... Las llamadas "cláusulas adicionales" no son sino cláusulas predispuestas por la aseguradora para todo tipo de contratos de entre las que se seleccionan las aplicables a la concreta póliza de que se trate, como se pone de manifiesto tanto por la numeración de cada una de ellas como de su texto; "condiciones adicionales" que no figuran en el ejemplar entregado al asegurado y sí sólo en el aportado a los autos por la aseguradora y en tal sentido es de aplicación lo afirmado en la sentencia de esta Sala de 17 de febrero de 2002 cuando dice que "en atención a lo prevenido en los arts. 2 y 3 de la Ley de Contrato de Seguro ha de entenderse que la firma de la póliza por el asegurado no releva a la entidad aseguradora de la carga de la prueba del cumplimiento de la obligación que el segundo de dichos preceptos respecto a la entrega de documentos complementarios en que puedan contenerse cláusulas limitativas de los derechos de la contraparte", entrega que, en este caso, no se ha probado.»

En otros casos, los tribunales se limitan a ignorar esa cláusula y enjuiciar qué fue lo contratado: así, la STS 1ª 29-10-2002 (Romero Lorenzo).

⁶⁷ Vid. ILLESCAS, "El lenguaje de las pólizas de seguro", en el volumen *Comentarios a la Ley de contrato de seguro*, dirigido por Evelio Verdura y Tuells, Colegio Universitario de Estudios Financieros, Madrid, 1982, pág. 360; PÉREZ-SERRABONA, *El contrato...*, págs. 264-70; BALLESTEROS, *Las condiciones...*, págs. 233-45. En parecido sentido se manifestaba ya SÁNCHEZ CALERO, "Comentario...(1984)", pág. 68; y, como señala EMBID en "Aspectos...", pág. 24, si el tecnicismo de la modalidad aseguradora impide lograr la claridad y sencillez exigibles, habrá que facilitar las explicaciones adicionales necesarias. GONZÁLEZ PACANOWSKA, "Comentario al art. 5...", págs. 141-4, 147-51 y 186-92, distingue entre normas formales de incorporación, que serían las del art. 5, párrafos 1 a 3, y del art. 7 a) LCGC, y normas de transparencia, que serían las del art. 5.4 y del art. 7 b) LCGC; las primeras con la función de establecer un procedimiento que permita entender concluido el contrato integrado con condiciones generales, las segundas con la función de cumplir con el deber de información que corresponde al predisponente, en el sentido que expongo en el texto.

⁶⁸ PAGADOR, "Régimen...", nota 5 (págs. 88-9), sin embargo, afirma que en el caso de cláusulas negociadas deja de aplicarse el art. 3 LCS y, por lo tanto, no se exige la claridad y precisión. Parte de

que cláusulas particulares son las previstas para un caso concreto, pero sin que falte el requisito de la predisposición (por lo que sería aplicable tanto el art. 3 LCS como el 10 y 10 bis LDCU); pero si hubo negociación entre las partes ya no es aplicable la norma comentada porque existe un conocimiento efectivo por las partes de las cláusulas objeto de negociación, y desde el momento en que hay negociación las cláusulas objeto de la misma dejan de ser cláusulas predispuestas e impuestas. Sin embargo, el requisito de la claridad sigue siendo indispensable: todo contrato debe estar redactado en términos claros; si surge disputa sobre lo pactado, habrá que indagar qué se quiso y, si no llega a averiguarse por otros medios, se aplica el art. 1.288 CC y, en materia de condiciones generales, el art. 6 LCGC, además del 10.2 LDCU si una de las partes es consumidor.

⁶⁹ En este sentido, COCA, "Comentario al art. 10.2...", págs. 326-7; J. PAGADOR LÓPEZ, "Las condiciones generales de la contratación. Introducción y régimen jurídico de los contratos celebrados mediante ellas", en el volumen *Curso sobre protección jurídica de los consumidores*, coordinado por G. Botana García/M. Ruiz Muñoz, McGraw Hill, Madrid, 1999, págs. 163-84, 175-6; S. DÍAZ ALABART, "Comentario al art. 6", en el volumen *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, coordinado por R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Aranzadi, Pamplona, 1999, págs. 193-232, 215-6.

⁷⁰ E. SERRANO ALONSO, "Interpretación de los contratos de adhesión", en el volumen *Contratos de adhesión y derechos de los consumidores*, CGPJ, Madrid, 1993, págs. 201-20, 206-7; A. SÁNCHEZ-BELLA CARSWELL, "Las condiciones generales de contratación en los contratos mercantiles", en el volumen *Contratos de adhesión y derechos de los consumidores*, CGPJ, Madrid, 1993, págs. 221-50, 247-8; L. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, "Las condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas", en el volumen *Las condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, coordinado por el propio autor, BBV/Civitas, Madrid, 1996, págs. 29-43, 39. ALFARO, *Las condiciones...*, págs. 285-7, también se pronuncia en este sentido, aunque al explicar su postura expone que los casos de mayor gravedad son los de las cláusulas incomprensibles, y los de menor gravedad los de las cláusulas ambiguas, que admiten varias interpretaciones; en definitiva, ambas posturas parecen reconducirse al mismo efecto, aunque la forma en que se expone esta segunda es un tanto confusa.

⁷¹ Aún existe una tercera postura en la doctrina: la de GONZÁLEZ PACANOWSKA, en "Comentario al art. 7", págs. 251-4, quien afirma que la oscuridad de una cláusula además de poder dar lugar, según los casos, a que no se incorpore en el contrato o que tenga que ser interpretada de forma favorable al adherente, en el mismo sentido que expongo en el texto, también puede conducir a que se considere abusiva, causa de desequilibrio, por inducir a error sobre el conjunto de derechos y obligaciones del adherente, o por impedirle la óptima elección entre las ofertas del mercado. La misma autora, en págs. 246-51, expone que, por influencia de la doctrina alemana, en el art. 4 de la Directiva sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores la transparencia tiene la función de evitar el carácter abusivo de la cláusula en cuanto impida el control económico por el consumidor, es decir, que pueda buscar la mejor oferta en el mercado; pero esto no ha

encontrado reflejo manifiesto en la LCGC ni en la LDCU, aunque los requisitos de claridad, concreción y sencillez dan lugar a un resultado similar.

⁷² En "Comentario...(1984)", págs. 67-8.

⁷³ Es una aceptación específica de las cláusulas limitativas, añadida a la global del condicionado general; en este sentido, R. ILLESCAS ORTIZ, "El lenguaje...", pág. 364; SÁNCHEZ CALERO, "Comentario...(1984)", pág. 77; PAGADOR, "Régimen...", pág. 125.

⁷⁴ Vid. ILLESCAS, "El lenguaje...", pág. 364; SÁNCHEZ CALERO, "Comentario...(1984)", págs. 76-7; PÉREZ SERRABONA, *El contrato...*, págs. 275-6; PAGADOR, "Régimen...", págs. 121-3 y la jurisprudencia que cita; CARMONA, "Las cláusulas...", pág. 87.

⁷⁵ En el mismo sentido, PÉREZ-SERRABONA, *El contrato...*, págs. 275-6.

⁷⁶ En este sentido, ILLESCAS, "El lenguaje...", págs. 364-5; y SOTO, "El seguro...", pág. 891. Vid. también PÉREZ-SERRABONA, *El contrato...*, págs. 276-77; PAGADOR, "El régimen...", pág. 125-6. En la jurisprudencia, STS 1ª de 22-2-1989 (Carretero Pérez). SOTO, "El seguro...", págs. 891-2, da cuenta de la Resolución de la Dirección General de Seguros de 17-3-1981, sobre adaptación de pólizas a la Ley 50/1980, en que propone la utilización de una cláusula preliminar con el siguiente texto: "...sin que tengan validez las cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados que no sean especialmente aceptadas por los mismos, como pacto adicional a las condiciones particulares", propuesta que se repite en la Resolución de 13-4-1981.

⁷⁷ En "Comentarios...(1984)", pág. 77.

⁷⁸ CARMONA, "Las cláusulas...", págs. ILLESCAS, "El lenguaje...", pág. 364, y PAGADOR, "Régimen...", págs. 124-5, dicen que en todo caso debe constar la firma.

⁷⁹ PAGADOR, "Régimen...", pág. 125.

⁸⁰ ALFARO, *Las condiciones...*, nota 5 (pág. 191); PAGADOR, "Régimen...", nota 9 (pág. 91).

⁸¹ Cosa que tampoco está tan clara ni es exacta: obsérvese la publicidad desarrollada por alguna compañía aseguradora que insiste en que el mejor seguro no tiene por qué ser el más caro. Depende de muchos factores: gastos fijos de cada aseguradora, margen calculado de beneficio...

⁸² Vid. sobre esto CASTELLANOS, "Condiciones...", *passim*, tanto más interesante cuanto el autor forma parte de la asesoría de una entidad aseguradora. Es particularmente expresiva a este respecto la STS 1ª de 6-4-2001 (Marín Castán), citada también por CASTELLANOS, op. cit., pág. 8, en que lo que se plantea es la transcendencia de una declaración de salud firmada por el asegurado pero en la que no se recogen sus dolencias, y que fue rellenada por el director de la oficina bancaria en que se contrató (era una póliza colectiva del banco, a la que se adherían sus clientes). El Alto Tribunal denuncia la irregular práctica de suscribir seguros sin seguir correctamente todos los pasos convenientes, como sería en este caso pedir al asegurado que cumplimentase personalmente los datos sobre su estado de salud, o al menos que se los facilitase al director de la oficina, en lugar de que éste cubra el impreso por su cuenta y después se lo dé a firmar al asegurado: «La respuesta a este motivo pasa necesariamente por destacar la descuidada práctica que en el caso examinado se aprecia en las compañías aseguradora y tomadora, perteneciente ambas a un mismo grupo empresarial, descuido patente

a simple vista en el boletín de adhesión que ha centrado el debate y único documento firmado por el asegurado. Plagado de enmiendas y anotaciones, ningún mínimo indicio hay tampoco de que al asegurado se le entregara una copia del boletín para que, pese a no haberlo cumplimentado por sí mismo, pudiera luego comprobar las declaraciones que contenía. Propiciada tal vez esa defectuosa práctica por el afán de incorporar el mayor número posible de asegurados al grupo («vender seguros», en la jerga del sector) para incrementar el volumen de negocio de las compañías aseguradora y tomadora o contratante, cuyo interés en estos casos es absolutamente coincidente haciendo que los factores puramente técnico-económicos predominen exageradamente sobre los factores sociales que también haya que buscar en el origen de estos seguros colectivos, el sistema ofrece pocas garantías de que efectivamente las declaraciones de salud que en el boletín controvertido se atribuían al asegurado fueran efectivamente hechas por él.»

⁸³ Sobre el deber de información, su coste y su déficit por razón de ese coste, *vid.* BALLESTEROS, *Las condiciones...*, págs. 222-45.

⁸⁴ En el mismo sentido, PAGADOR, "Régimen...", nota 16 (págs. 99-100).

⁸⁵ Defendida por PAGADOR, *últ.loc. cit.*

⁸⁶ En este sentido, ALFARO, *Las condiciones...*, pág. 250.

⁸⁷ Con la excepción de PÉREZ-SERRABONA, *El contrato...*, págs. 272-4.

⁸⁸ SÁNCHEZ CALERO, "Comentarios...(1984)", págs. 75-6, y "Comentarios...(1998)", págs. 97-8; PAGADOR, "Régimen...", págs. 93-102; CARMONA, "Las cláusulas...", págs. 83-6; BARRÓN, *Condiciones...*, págs. 121-4; FONT, *Contratos...*, págs. 38-41 y 59; TAPIA, "Aspectos...", págs. 984-5. Así, FONT, *op.cit.*, pág. 39, sostiene esta postura basándose en que "la cobertura del riesgo, como móvil que impulsa a las partes a negociar un acuerdo, se mueve en el terreno de la causa del contrato que, por definición, es onerosa. Se contrata un seguro para cubrir los efectos desfavorables de un evento. Pero la posibilidad de que este evento se cumpla, es decir, el riesgo, entendido como siniestrabilidad o, lo que es lo mismo, la fenomenología del riesgo, forma parte del objeto del contrato. Es más constituye específicamente aquéllo sobre lo que versa el acuerdo contractual." Más adelante (*op.cit.*, págs. 44-6), se esfuerza en demostrar que la LCS admite, incluso fomenta, una delimitación convencional del riesgo, por ejemplo al utilizar reiteradamente la expresión "dentro de los límites establecidos en la Ley y en el contrato" refiriéndose al alcance de la cobertura del riesgo; y en la pág. 59 dice que, como estas cláusulas delimitan la entidad del objeto del contrato, es el primer elemento sobre el que han de ponerse de acuerdo las partes, por definición no pueden ser limitativas de unos derechos que todavía no han nacido. SÁNCHEZ CALERO, "Comentarios...(1998)", pág. 97, alude, para sostener esta distinción, al párrafo 19 de la Exposición de motivos de la Directiva 93/13 CEE, ya comentado más arriba, por cuando la delimitación del riesgo asegurado y de la indemnización determina el cálculo de la prima, sin tener en cuenta que ese párrafo se refiere al control del contenido, no al de inclusión, que es el afectado por los requisitos de validez de las cláusulas limitativas que impone el art. 3 LCS.

⁸⁹ SÁNCHEZ CALERO, "Comentario...(1984)", pág. 76; afirmación que asume PAGADOR, "Régimen...", págs. 93-4. FONT, *Contratos...*, pág. 51, discrepa de esta afirmación porque va aún más allá: cuando se

trata de excluir riesgos en forma no frecuente o usual más que limitar derechos del asegurado se están transgrediendo los límites de validez de esas cláusulas, lesionan sus derechos porque hacen de la garantía una entelequia que no puede responder a las expectativas del asegurado, ocasionando un desequilibrio patrimonial. Discrepo parcialmente de esta opinión: cuando se defrauden las expectativas del asegurado efectivamente surge un desequilibrio patrimonial en el sentido ya indicado más arriba; pero eso no ocurre necesariamente siempre que se quiera excluir algún riesgo de forma no usual, sino cuando se haga sin informar adecuadamente al asegurado y cuando, incluso habiéndose dado esa información, la exclusión sea irrazonable. Cabe la posibilidad de que se excluya algún riesgo de forma muy frecuente pero se sorprenda al asegurado de forma inaceptable (el caso que he mencionado en que se establece un baremo para indemnizar el accidente que dé lugar a invalidez permanente total, cuando lo que se contrató fue una cantidad determinada para el riesgo de invalidez total), pero también que se pretenda una exclusión que de ordinario no se establezca y llegue a ser válida en el caso concreto porque fue expresamente aceptada y era razonable. Todo depende, por lo tanto, del lugar en que se encuentre esa exclusión (entre las cláusulas particulares o las generales), de la información que se ofrezca sobre ella y de su razonabilidad. En este sentido, SOTO, "El seguro...", págs. 888-9, dice: "(las condiciones generales) disciplinan uniformemente, en lo sustancial y básico, cada ramo o grupo de contratos. Pero el contrato, en lo que tiene de igual con los de su especie, vendrá configurado por las previsiones generales. *Ello no quiere decir que el asegurado haya de verse sorprendido por un bloque normativo del que no haya tenido adecuada información.* Todo apunta hacia el deber de facilitación al tomador del conocimiento de las condiciones generales" (la cursiva es mía).

⁹⁰ SÁNCHEZ CALERO, "Comentario...(1998)", pág. 98.

⁹¹ PAGADOR, "Régimen...", págs. 101-2; BARRÓN, *Condiciones...*, pág. 123-4; ponen como ejemplos la eliminación del derecho del tomador a satisfacer la prima en su domicilio o las que le imponen especiales obligaciones o cargas; BARRÓN, *ult.loc.cit.*, añade que cabe la existencia de cláusulas delimitadoras del riesgo que no sean limitativas, pero sin poner ningún ejemplo, y no llego a imaginar un caso tal, salvo que reitere la delimitación ya efectuada en la descripción inicial del objeto asegurado.

⁹² SOTO, "El seguro...", pág. 890.

⁹³ En "Aspectos...", pág. 990.

⁹⁴ En "Aspectos...", pág. 985. Esta recomendación va dirigida a las compañías aseguradoras, como se deduce claramente del contexto, aunque no lo dice expresamente, con el fin de que puedan evitar que se declare su ineficacia por no cumplir con los requisitos formales del art. 3 LCS.

⁹⁵ A. GUIASOLA PAREDES, *Cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados y cláusulas delimitadoras del riesgo cubierto*, Edersa, Madrid, 2000, pág. 142.

⁹⁶ Por lo tanto, las afirmaciones de FONT citadas *supra*, nota 87, son ciertas sólo en la medida en que esa delimitación del riesgo haya sido efectivamente negociada o aceptada, no cuando forme parte de unas condiciones generales cuyo conocimiento y aceptación

por el asegurado debe expresarse por unos medios determinados para que sea válido.

⁹⁷ Vid. un estudio de la casuística jurisprudencial sobre esta materia en S. CAVANILLAS MÚGICA, "Infarto de miocardio y seguro de accidentes en la jurisprudencia civil", *Aranzadi Civil*, 1999-III, págs. 1.323-33.

⁹⁸ SÁNCHEZ CALERO, "Comentario...(1984)", pág. 75, y "Comentario...(1998)", pág. 96.

⁹⁹ CARMONA, "Las cláusulas...", pág. 84.

¹⁰⁰ ALFARO, "Comentario al art. 1", pág. 134.

¹⁰¹ Creo que este es el sentido de la afirmación de SÁNCHEZ CALERO, "Comentario...(1984)", pág. 75; PAGADOR, "Régimen...", págs. 99-100; y J.M. EMBID IRUJO, "Comentario al art. 3", en *Comentarios a la Ley de contrato de seguro*, coordinada por J. BOQUERA MATARREDONA, J. BATALLER GRAU y J. OLAVARRÍA IGLESIA, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pág. 82, cuando dicen que los derechos del asegurado sólo quedan limitados cuando se excluyen siniestros que usualmente quedan comprendidos dentro del contrato.

¹⁰² CARMONA, "Las cláusulas...", págs. 86, con citas de jurisprudencia menor, y 109.

¹⁰³ Vid. SALELLES, "Delimitación...", págs. 1.160-75.

¹⁰⁴ En este sentido, EMBID, "Aspectos...", pág. 29.

¹⁰⁵ Así, por todas, la STS 2ª de 11-6-1992 (Delgado García), que expresa que ese criterio constituye doctrina constante de la Sala, con cita de otras Sentencias anteriores.

¹⁰⁶ F. DE CASTRO Y BRAVO, "Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes", Cuadernos Civitas, 1985 (publicado por primera vez en ADC, 1961, Suplemento), págs. 29-49.

¹⁰⁷ La reciente STS 1ª de 7-4-2003 (Almagro Nosete) resuelve un recurso sobre la aplicación o no de esta cláusula. El argumento de la Sentencia es algo confuso. Se trata de si es aplicable o no una cláusula [el art. 24.1 ap. D) de las condiciones generales de la póliza, lo que da idea de la complejidad del clausulado] que describe la alcoholemia de dos formas alternativas, una de ellas por el simple exceso en la tasa reglamentariamente establecida. Al transcribir el razonamiento de la Audiencia Provincial se señala que ésta rechazó que esa cláusula hubiese accedido al contrato porque no había sido expresamente suscrita; en cambio, el Tribunal Supremo sí acepta su validez afirmando que la póliza había sido firmada y reconocida por el asegurado y que no originaba ninguna oscuridad o falta de claridad en su redacción. Probablemente lo que el tomador firmó y reconoció fue la póliza entendida como documento principal del contrato que recoge los elementos esenciales, pero no el condicionado general. En este caso, la Sentencia del Tribunal Supremo no se ajustaría a los hechos descritos por la Audiencia y llegaría a una conclusión incoherente con los mismos.

En sentido contrario, la STS 1ª de 29-4-1991 (Marina Martínez-Pardo) rechaza aplicar la condición general que exonera al asegurador cuando el accidente se debe a la alcoholemia del conductor porque el tomador no había suscrito específicamente ni esa cláusula ni el condicionado general, pese a que en la póliza se contenía la famosa cláusula-tipo que recoge la supuesta manifestación del tomador de que acepta las condiciones generales.

¹⁰⁸ «El asegurador está obligado al pago de la indemnización, salvo que el siniestro haya sido causado por mala fe del asegurado.»

¹⁰⁹ Sobre este tema y la crítica de la doctrina estadounidense a la jurisprudencia que pretende aplicar la doctrina de las expectativas razonables del asegurado a siniestros cuya cobertura no es realmente esperada por el adherente pero que no es posible asegurar en ninguna compañía, con exposición de un supuesto real, *vid.* BALLESTEROS, *Las condiciones...*, págs. 181-3.

¹¹⁰ Sobre la casuística jurisprudencial sobre el infarto considerado o no como accidente, *vid. supra* nota 97.

¹¹¹ Curiosamente, esta Sentencia y la comentada a continuación son citadas por SÁNCHEZ CALERO, "Comentario...(1998)", nota 66 (pág. 99), como ejemplos de sentencias en que se establece la distinción entre ambos tipos de cláusulas y se admite la validez de las delimitadoras sin necesidad de cumplir con los requisitos del art. 3 LCS.

¹¹² Sentencia que además se extiende muy razonadamente sobre las condiciones de aleatoriedad del seguro; las razones que mueven a los tomadores a suscribir este tipo de contratos; sus circunstancias de salud, sobre todo en la edad en que se suelen contratar estos seguros y la habitualidad de que exista alguna dolencia previa, aunque todavía latente o no diagnosticada; la práctica corriente y la del caso concreto, con conocimiento directo entre agente y asegurada, en cuanto a la forma de suscripción del contrato, sin realizar pruebas médicas del asegurado e incluso con conocimiento personal del mismo por el agente, por lo que conoce su estado de salud.

¹¹³ Citada por la SAP Madrid de 8-11-1993, a su vez transcrita parcialmente por PAGADOR, "Régimen...", nota 18 (págs, 100-2); también por SÁNCHEZ CALERO, "Comentario...(1998)", pág. 98; y por FONT, *Contratos...*, nota 61 (pág. 38).

¹¹⁴ En este sentido, EMBID, "Aspectos...", pág. 8. Con ello se da contestación a FONT, *Contratos...*, nota 61 (pág. 38), cuando dice que no se ve la razón por la que el TS no aplica el mismo criterio a los seguros terrestres cuando existe identidad de razón entre unos y otros.

¹¹⁵ También citada por la SAP Madrid de 8-11-1993, a su vez transcrita parcialmente por PAGADOR, "Régimen...", nota 18 (págs, 100-2); y por SÁNCHEZ CALERO, "Comentario...(1998)", pág. 98.

¹¹⁶ Los hechos consistieron en que el propietario de un establecimiento de comidas y bebidas se enzarza en una pelea con un vecino del inmueble, haciéndole caer con tan mala fortuna que se golpea en la cabeza y muere. La riña vino motivada porque unos clientes del establecimiento le solicitaron ayuda para retirar sus motocicletas, que habían aparcado en un espacio correspondiente a la comunidad de propietarios del inmueble; ya se habían producido varios incidentes entre el hostelero y los vecinos por el uso indebido que aquél hacía de este espacio; por ello, el vecino que resultó muerto había estacionado su coche de forma que impedía la salida de las motocicletas y, cuando fue requerido por el hostelero, se negó a retirarlo. Ante esta circunstancia, el hostelero ayudó a sus clientes a mover el coche, momento en que bajó el vecino y se desencadenó la pelea.

¹¹⁷ Citada también por la SAP Madrid de 8-11-1993, a su vez transcrita parcialmente por PAGADOR, "Régimen...", nota 18 (págs, 100-2).

¹¹⁸ Comentada favorablemente por M^a.A. CALZADA CONDE en CCJC, v. 31 (1993), págs. 165-71.

¹¹⁹ En cambio, las SsTS 2ª de 3-5-1988 (Moner Muñoz), de 4-7-1988 (Ruiz Vadillo) y de 10-4-1991 (Moner Muñoz), y 1ª de 4-11-1991 (Santos Briz) no aplican la misma cláusula por considerarla limitativa de derechos y no haber sido suscrita con los requisitos del art. 3 LCS. La última sentencia citada ha sido comentada favorablemente por J.M. EMBID IRUJO, "Cláusulas limitativas de los derechos del asegurado en las condiciones generales del seguro. Comentario a la STS (Sala 1ª) de 4 de noviembre de 1991", *La Ley*, 1992-2, págs. 702-6, donde afirma que en ella el TS confirma su línea jurisprudencial constante de sostener que las cláusulas delimitadoras del riesgo son limitativas y deben cumplir los requisitos del art. 3 LCS para ser eficaces. La de 10-4-1991 hace una precisión importante: no sólo debe estar específicamente aceptada la cláusula delimitadora por ser limitativa de derechos, sino que el siniestro debe ser consecuencia del hecho previsto como motivo de exclusión de cobertura: si el accidente de tráfico no está relacionado con la ausencia de permiso de conducción (en cuanto ésta denota falta de preparación para guiar el vehículo) no se aplicará la exclusión; y señala que esa doctrina se viene aplicando también a los accidentes provocados por conductores ebrios o que cometen el delito de omisión de socorro (SOTO, "El seguro...", págs. 893-4, alude también al criterio constante del TS exigiendo para la operatividad de esta exclusión el factor etiológico de la alcoholemia o la omisión de socorro en la producción del resultado dañoso a indemnizar). En este sentido es también expresiva la STS 2ª de 17-11-1990 (García Ancos) que, examinando un accidente ocurrido antes de la promulgación de la LCS, rechaza la aplicación de la cláusula aquí comentada acudiendo a una interpretación lógica y finalista de la exclusión (su sentido es rechazar la cobertura del mayor riesgo derivado del plus de peligrosidad que supone la presunta inexperiencia de quien maneja una máquina peligrosa como un automóvil sin la pertinente licencia, plus de peligrosidad que no concurre en el caso porque el tomador-conductor asegurado era un mecánico) y por la conducta de la aseguradora que no exige al tomador del seguro que demuestre la posesión del permiso, con lo que existe un acto propio de asunción del mayor riesgo que pudiera representar su falta, e incluso habría un enriquecimiento injusto porque la compañía estaría cobrando la prima sin ningún tipo de compensación o contraprestación.

¹²⁰ Citada por SÁNCHEZ CALERO, "Comentario...(1998)", pág. 99; y FONT, *Contrato...*, nota 61 (pág. 38); y comentada favorablemente por Mª.A. CALZADA CONDE, "Comentario a la STS de 9-2-1994", CCJC, v. 35 (1994), págs. 529-38.

¹²¹ J. GARRIGUES, *Contratos bancarios*, Madrid, 1958, págs. 21-6, y *Curso de Derecho Mercantil*, v. I, 5ª ed., Madrid, 1968, págs. 110-2.

¹²² Ya citado *supra*, nota 1064. En concreto, con una crítica de la Sentencia citada, *vid.* también BALLESTEROS, *Las condiciones...*, págs. 106 y 108-12.

¹²³ Defienden la tesis normativista de esta sentencia M. BROSETA PONT, *Manual de Derecho Mercantil*, 8ª ed., Tecnos, Madrid, 1990, págs. 65-6; y F. SÁNCHEZ CALERO, *Instituciones de Derecho Mercantil*, 16ª ed., Ed. R.D.Priv., Madrid, 1992, pág. 45.

¹²⁴ En íntima relación con esto, *vid. supra*, nota 43, con las STS que allí se citan y texto al que se refiere, una argumentación

sobre el carácter abusivo de la condición general que pretende aplicar una escala para determinar la indemnización a abonar cuando lo que se contrató fue una cantidad alzada para el caso de que se declare una invalidez permanente.

¹²⁵ BARRÓN, *Condiciones...*, pág. 137, entiende que el criterio de estas Sentencias es erróneo porque no cabe equiparar los conceptos definitorios del ordenamiento socio-laboral con los utilizados en la contratación mercantil de los seguros privados; no tiene en cuenta (aunque luego reconoce que estas cláusulas suelen ser oscuras; yo creo que son algo más que eso) que el propio asegurador está utilizando conceptos propios de la Seguridad Social, con lo que crea una expectativa en el asegurado que debe afrontar, sobre todo cuando el tomador es un empresario que desea ampliar la protección que sus empleados reciben de la Seguridad Social.

¹²⁶ La argumentación de esta sentencia viene a contradecir radicalmente las objeciones de BARRÓN que reproduzco en la nota anterior.

¹²⁷ Criticada por BARRÓN, *Condiciones...*, págs. 139-40, por considerar que cae en un exceso.

¹²⁸ Art. 4 de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor. En este caso, la limitación espacial, aunque conforme con la que suelen establecer los seguros de otras actividades (*vid.* CARMONA, "Las cláusulas...", pág. 79), sería ilegal ya que la norma citada obliga a extender la cobertura a todo el territorio que expresa; sin embargo, ello no afecta al supuesto enjuiciado en que el siniestro se produjo fuera del Espacio Económico Europeo.

¹²⁹ Que he analizado en J.A. BALLESTEROS GARRIDO, "Cláusulas delimitadoras del riesgo, consentimiento contractual y expectativas razonables del asegurado. (Comentario a la STS 1ª 16 de mayo de 2000)", RDSP, nº 3 (2000), págs. 29-38.

¹³⁰ En cuanto al carácter imperativo del procedimiento del art. 38 LCS, existen pronunciamientos discordantes. Así, la STS 1ª de 14-7-1992 (Gullón Ballesteros), rechaza la pretensión del demandante que acude al procedimiento judicial tras conocer el dictamen del perito de la aseguradora, sin trasladarle previamente el dictamen del suyo -que, además, no era el que había sido designado inicialmente- y sin acudir al tercer perito; afirma que ha de seguirse lo dispuesto en el art. 38 LCS y sólo puede impugnarse judicialmente el informe del tercer perito, por lo que reenvía a las partes a completar aquel procedimiento extrajudicial. F. SOTO NIETO, "«Procedimiento pericial» de tasación de daños y fijación de indemnización del artículo 38 de la Ley de contratos de seguro. Doctrina y jurisprudencia", en *La Ley*, 1996-1, págs. 1.538-48, 1.546, cita esta Sentencia para sostener también el criterio de la obligatoriedad de esta vía de determinación de la cuantía de la indemnización. También la STS 1ª de 17-7-1992 (Almagro Nosete) declara la imperatividad del procedimiento de peritos, aunque en este caso condena a la sociedad peritadora a indemnizar al asegurado por su torpe actuación. En cambio, entre otras, la STS 1ª de 25-7-1995 (Morales Morales) dice que, puesto que no se siguió el obligado trámite de la designación del tercer perito, debe determinarse en el proceso judicial la valoración del daño, criterio que defiende también F.J. TIRADO SUÁREZ, "Artículo 38", en la obra colectiva *Ley de Contrato de seguro. Comentarios a la*

Ley 50/1980, de 8 de octubre, y sus modificaciones, Aranzadi, Pamplona, 1999, págs. 527-600, 586 (nota 116). Las SSTS 1ª de 20-5-2002 (Almagro Nosete) y de 6-11-2003 (Auger Liñán) se inclinan por el carácter imperativo del procedimiento de peritos, tras repasar los pronunciamientos contradictorios existentes hasta la fecha, en lo que podría ser el establecimiento de un criterio ya definitivo. Hay que precisar, sin embargo, que las partes pueden excluir de mutuo acuerdo el procedimiento de peritos y acudir directamente al judicial o a un arbitraje; lo que no cabe es que una de ellas imponga a la otra la vía judicial sin agotar la de peritos: en este sentido, SOTO NIETO, "«Procedimiento pericial»...", pág. 1.541.

¹³¹ Como señala SOTO NIETO, "«Procedimiento pericial»...", pág. 1.542, la disconformidad entre asegurador y asegurado puede ser total o parcial. Producido el hecho dañoso, habrá que determinar si es siniestro en sentido contractual. Luego habrá que ver si existe alguna causa contractual o legal que exonere al asegurador de su obligación de resarcir. Si no es así, habrá que determinar la cantidad a pagar. Pues bien, lo que la propia Sentencia examinada califica como hechos propios del asegurador (que se inició el procedimiento del art. 38 LCS y el asegurador ofreció una cantidad como indemnización) indica que sí existió un siniestro en sentido contractual y que no existía causa de exoneración; la discrepancia se centraba en la valoración de los daños, por lo que habría que haber concedido al asegurado al menos la cantidad reconocida por el asegurador en su dictamen pericial. Conviene hacer, sin embargo, una precisión, que viene señalada en la STS 1ª de 20-11-2003 (González Poveda): el hecho de que se inicie el procedimiento del art. 38, con intervención de ambos peritos, no implica por sí mismo que el asegurador acepte, como hecho propio, la obligación de hacerse cargo del siniestro: precisamente el informe de los peritos puede poner de manifiesto la existencia de circunstancias que conduzcan a su exoneración. En este caso, sin embargo, sí existe esa aceptación de la obligación de hacerse cargo del siniestro desde el momento en que se ofrece una cantidad como indemnización.

¹³² *Contratos...*, págs. 47-8.

¹³³ En *Las condiciones...*, págs. 165 en adelante, principalmente.

¹³⁴ . En *Contratos...*, pág. 48.

¹³⁵ En nota 106 y texto a que se refiere.