

XI CONGRESO DE GERENCIA DE RIESGOS Y SEGUROS INDUSTRIALES

CEGERS '99

MADRID, 15-16 DE ABRIL DE 1999



EL SINIESTRO

***EXPECTATIVA DE CONFLICTOS DE
INTERPRETACIÓN DE CLÁUSULAS
Y COBERTURA Y EXCLUSIONES***

Por: **D. Gonzalo Iturmendi**
Abogado. Vicepresidente de la Asociación
Española de Abogados de Seguros

Expectativa de conflictos de interpretación de cláusulas de cobertura y exclusiones.

Gonzalo Iturmendi Morales
Abogado

INDICE

	Página
I FUNDAMENTOS DEL CONTRATO DE SEGURO	2
1. El riesgo.	2
1.1. Concepto	2
1.2. Elementos del riesgo	3
1) Posibilidad e incertidumbre	3
2) Azar.	4
3) Necesidad pecuniaria	5
2. Principios técnico aseguradores	7
2.1. Probabilidad.	7
2.2. Ley de los grandes números	7
2.3. Suceso.	7
2.4. Sucesos mutuamente excluyentes.	7
2.5 Sucesos independientes.	7
2.6. Peligro.	7
2.7. Azar.	7
3. El interés en el seguro.	8
4. Explotación conforme a plan.	8
5. Concepto económico del seguro.	8
6. Concepto y clases de contratos de seguro.	9
A) Concepto dualista.	9
B) Proposición, solicitud y cuestionario.	10
C) Clasificación del contrato de seguro.	11
7. Cláusulas abusivas y condiciones generales de contratación en pólizas de seguro	18
7.1. Relevancia de la Buena Fe en el contrato de seguro.	18
7.1.1. Mala fe.	21
7.1.2. Dolo.	21
7.1.3. Consecuencias de la mala fe.	21

7.2. Condiciones generales en pólizas de seguro.	22
Principios de aceptados por la jurisprudencia.	23
. Principio “contra stipulatorem”.	23
. Principio “favor debitoris”.	24
. Principio “pro consumptore”.	24
7.3. Cláusulas limitativas de los derechos de los aseguradores.	24

II INCIDENCIA DE LA LEY 13-4-1998, NÚM. 7/1998 DE CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN EN LOS CONTRATOS DE SEGUROS. 30

1. Concepto legal de condiciones generales de Contratación.	31
2. Ámbito material de aplicación.	34
3. Ámbito territorial de aplicación.	34
4. Consentimiento y aceptación de las condiciones.	36
5. Nulidad de las cláusulas generales: Acción declarativa de nulidad.	36
5.1. Legitimación activa para interponer la acción de nulidad.	40
5.2. Competencia territorial para conocer de la reclamación.	40
5.3. Efectos de la sentencia estimatoria.	40
5.4. Nulidad del contrato de seguro.	41
Efecto de la nulidad contractual	49
6. Acciones colectivas de cesación, retractación y declarativa de condiciones generales.	51
6.1. Acciones de cesación, retractación y declarativa.	51
6.2. Competencia material y tramitación del proceso.	52
6.3. Competencia territorial.	52
6.4. Legitimación activa.	52
6.5. Legitimación pasiva.	52
6.6. Intervinientes en el proceso y recurso de casación.	53
6.7. Efectos de la sentencia.	53
6.7.1. En la acción de cesación.	53
6.7.2. En la acción de retractación.	53
6.7.3. En la acción declarativa.	53
6.7.4. Posible inconstitucionalidad del artículo 20.4. de la Ley.	53
7. Prescripción de las acciones.	56
8. Criterios que deben seguir las condiciones generales de contratación.	56
9. Legitimación de condiciones generales de contratación.	58

III. EL EFECTO 2000 Y LOS CONFLICTOS DE INTERPRETACIÓN DE PÓLIZAS DE SEGUROS.	59
BIBLIOGRAFIA	66

Teléf: 91 574 39 32
Teléf. y Fax: 91 574 74 29
E.mail: iturmendi@laley-actualidad.es

Expectativa de conflictos de interpretación de cláusulas de cobertura y exclusiones.

Gonzalo Iturmendi Morales
Abogado

Lenta pero inexorablemente se cierra el siglo y sobre el panorama asegurador español se plantean algunas interrogantes respecto del hoy y el futuro a corto y medio plazo sobre la interpretación de los contratos de seguros.

Vamos a estrenar milenio y también en lo jurídico vivimos momentos de cambios, de manera que quien no sea capaz de advertirlos, sin duda tendrá el fracaso asegurado.

Una de las grandes aportaciones de la gerencia de riesgos ha sido no solamente su eficacia a la hora de identificar los problemas reales que afectan a cada situación de riesgo, sino también es su capacidad de anticipación a los acontecimientos y de previsión de los principales problemas que están, como vulgarmente diríamos, a la vuelta de la esquina.

¿Cuáles son las expectativas de conflictos de interpretación de los contratos de seguros? ¿Qué requisitos deben tener las cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados? ¿Cuándo estamos ante una condición general de contratación abusiva?

¿De qué manera incide la Ley de condiciones generales de contratación en el contrato de seguro?

¿Qué conflictos pueden generarse a partir del llamado “efecto 2.000”, respecto de la interpretación de los contratos de seguro?.

Sin duda hay aún más preocupaciones que merecerían nuestra atención, pero el tiempo y el espacio es limitado y quizás pudieran ser objeto de una exposición más detallada, como por ejemplo: Si se declarase la inconstitucionalidad total o parcial del baremo de la Ley 30/1995: ¿Cabrían acciones de revisión de las Sentencias firmes que cuantificaron el daño corporal en aplicación de aquella norma? ¿Cabrían acciones de nulidad de las transacciones judiciales o extrajudiciales que se basaron en el baremo?

I.- FUNDAMENTOS DEL CONTRATO DE SEGURO.-

Para entender bien lo que es un contrato de seguro es preciso exponer, aunque sea brevemente sus **fundamentos extrajurídicos**. De este modo llegaremos a descubrir el concepto económico del seguro, siendo el contrato, la forma jurídica de esta materia.

El seguro puede ser el antídoto del riesgo. Todo riesgo engendra una preocupación y ésta a su vez, un deseo de seguridad. La finalidad del seguro es dar seguridad frente al riesgo. En ocasiones, el riesgo puede ser reducido o eliminado por diversos procedimientos. Pero otras veces no puede alcanzarse por la supresión directa del acaecimiento temido. En tales casos, la deseada seguridad se remedia por la esperanza o certeza de que al sobrevenir la situación temida, tendremos a nuestra disposición un valor económico que la compense. Este valor seguro que se espera sustituye al valor cuya pérdida se teme: por eso se llama "valor de sustitución o reemplazo". El seguro pone lo seguro en lugar de lo inseguro: ésta es la esencia de la institución.

Cuando la reparación se realiza mediante la distribución del daño en un gran número de patrimonios sometidos al mismo riesgo, entonces aparece el seguro en sentido propio, el cual descansa sobre su base de la comunidad de riesgos, que permite una compensación entre todos ellos. Mas para que esta compensación pueda realizarse, la comunidad de riesgos debe de ser amplia y debe ser homogénea. La primera de estas condiciones disminuye el azar y llega a anularlo. La segunda exige la agrupación de riesgos de análoga naturaleza, en cuanto a su género, a su frecuencia y a su entidad. Para conseguir esta homogeneidad, el asegurador ha de seleccionar y limitar los riesgos que asume. Para esto último se sirve del mecanismo del reaseguro, del coaseguro o de la franquicia.

1.- El riesgo.-

1.1.- Concepto.-

Según Garrigues riesgo es la posibilidad de que por azar ocurra un hecho que produzca una necesidad patrimonial. El riesgo es un estado (estado de riesgo) que se produce por consecuencia de un hecho. La diferencia entre riesgo y siniestro se ve clara cuando se piensa que lo que provoca la prestación del asegurador no es el primero sino el segundo. El siniestro es la conditio legis para que el asegurado pueda reclamar el pago, mientras que el riesgo es la conditio legis para que el asegurador pueda pedir el pago de la prima.

En el contrato de seguro, el riesgo ha de ser posible, pues debe existir la posibilidad de que ocurra un hecho dañoso o surja una necesidad patrimonial, un hecho, en definitiva, cuya realización es temida por el tomador del seguro y que le sirve de impulso motivo para preservarse de él mediante este contrato.

El riesgo, como posibilidad del evento dañoso temido, constituye un componente esencial de la causa típica del contrato de seguro, como aleatorio, además de oneroso, que es, ya que la función económico-social que el ordenamiento atribuye al negocio necesita de una posibilidad objetiva de daño, que se traduce en una incertidumbre subjetiva al respecto; por ello, cuando ese llamado estado de riesgo, que puede ser más o menos intenso, falta al concluirse el contrato, ya porque el evento no pueda sobrevenir, ya porque hubiera antes sobrevenido sin susceptibilidad de repetición.

La Ley del Seguro menciona el riesgo, sin definirlo, en el artículo 4º. El riesgo es el elemento esencial del contrato de seguro, y por ello es requisito mencionar "la naturaleza del riesgo". Esta diversa naturaleza del riesgo sirve para distinguir las distintas clases de seguro. Y es requisito de todas ellas. Por ello, el artículo 4º dice que "el contrato de seguro será nulo, salvo en los casos previstos por la Ley, si en el momento de la conclusión no existía el riesgo o había ocurrido el siniestro".

Al declarar la nulidad del contrato, el artículo 4º no se refiere a la omisión de la mención del riesgo, sino al hecho de que en el momento de su conclusión no existiese el riesgo o hubiese ocurrido el riesgo.

En materia de seguros, 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 CC), ello sin perjuicio de que tales cláusulas puedan ser declaradas nulas cuando resulten lesivas para los derechos de los asegurados (art. 3 LCS)

El deber que el art. 10 LCS impone al tomador del seguro, relativo a declarar al asegurador todas las circunstancias que puedan influir en la valoración del riesgo, se extiende al asegurado cuando sea persona distinta del tomador, siempre que afecte materias que, por su propia naturaleza, sólo sean conocidas por éste (arts. 7 y 89 LCS)

1.2.-Elementos del riesgo.-

1) Posibilidad e incertidumbre.

Debe de existir la posibilidad de que ocurra un hecho dañoso o surja una necesidad patrimonial. Si la esencia del seguro consiste en poner lo seguro en lugar de lo inseguro, lógicamente, para que exista la institución tiene que haber alguna inseguridad o "incertidumbre".

La incertidumbre es generalmente "objetiva" porque la mayor parte de los contratos de seguros se pactan para el futuro. Pero puede ser también "subjetiva" cuando el seguro se pacta para el pasado. Objetivamente el hecho se habrá producido o no en el pasado, pero si los interesados lo ignoran habrá incertidumbre subjetiva, y con ella basta.

La posibilidad se traduce en un "estado de riesgo" y éste, a su vez, en una mayor o menor verosimilitud de que se produzca el siniestro; en una mayor o menor peligrosidad. A esto se llama "intensidad del riesgo". El riesgo aumenta cuando la posibilidad se aproxima a la probabilidad y disminuye cuando se aleja.

La incertidumbre es un concepto intermedio entre el de necesidad y el de imposibilidad. La imposibilidad excluye totalmente la realización del siniestro. La necesidad lo hace inevitable.

En la incertidumbre que es esencial al seguro, hay diversos grados según que afecte a todos los datos que definen la realización de un hecho: el sí, el cuándo y el cómo ("incertidumbre absoluta", propia de los seguros contra daños); o afecte solamente a alguno de esos elementos ("incertidumbre relativa", que es suficiente para el seguro: basta que sea incierto el "cuándo" ocurrirá el hecho previsto).

La incertidumbre afecta no solamente a la realización del hecho temido, sino también a la cuantía del daño sufrido. Aquí caben dos posibilidades: la cuantía del hecho puede estar limitada por datos objetivos o puede ser ilimitada.

En cambio en el seguro de responsabilidad civil está clara la falta de limitación, puesto que el responsable de un hecho dañoso en el que interviene culpa o negligencia responde con todos sus bienes presentes y futuros (art. 1.911 del C.C.). Mas en este caso, y a fin de que el riesgo no sea absolutamente incierto en su cuantía, se fija arbitrariamente un límite máximo a la indemnización.

Por otra parte, el momento en que el siniestro se produce (incertidumbre en el cuándo) tiene influencia sobre la medida del daño.

Finalmente la duración del siniestro influye también sobre la medida del daño y conduce a establecer un límite arbitrario a la prestación del asegurador.

En resumen, y salvo para el seguro por causa de muerte (en el que la prestación del asegurador no se mide por el daño, sino por el capital convenido), en la mayoría de los casos el riesgo tendrá más de una dimensión en cuanto a su incertidumbre.

2) Azar.-

Siendo el seguro un contrato aleatorio de los que define el artículo 1.790 del Código Civil, es claro que la realización del hecho temido ha de ser fortuita, es decir que ha de depender tanto de la libertad del hombre como del juego del azar. Pero el concepto de lo fortuito sufre modificaciones al ser aplicado al seguro. Por fortuito no entendemos aquello que no tiene causa, o cuya causa última se ignora (azar absoluto). Si así fuese, sólo serían asegurables los acontecimientos producidos por las fuerzas de la naturaleza (rayo, pedrisco, inundación, etc.). Por fortuito entendemos todo lo que no depende de la intención o de la voluntad de la persona amenazada por el hecho previsto como posible (azar relativo). Mas justamente en la relación que pueda darse entre el seguro razonable y la voluntad del asegurado está el problema más difícil. El concepto de "azar relativo" sufre esta gradación:

1') No son indemnizables aquellos hechos que se realizan directamente por voluntad del asegurado, pues en ellos el azar desaparece voluntariamente.

2') En el otro extremo están los hechos totalmente ajenos a la voluntad humana (fuerza mayor en sentido estricto). Estos son asegurables, pero se distingue entre los hechos fortuitos ordinarios y los extraordinarios o calamitosos. Estos últimos son los acontecimientos fortuitos en sentido absoluto, porque son independientes de la voluntad humana.

3') En una zona intermedia están los hechos en que la conducta humana no es decisiva ni indiferente. Unas veces porque podrían ser evitados empleando una diligencia extraordinaria; otras veces porque podrían ser evitados empleando la diligencia que suelen ejercer las personas medianamente cuidadosas. Pues bien, son asegurables los hechos producidos por consecuencia de una culpa leve del asegurado, es decir, por consecuencia de una conducta que, sin ser intencionada o gravemente culposa, hacen que el siniestro se convierta de posible en probable.

Pero aquí hay que distinguir entre el seguro contra daños y el seguro de responsabilidad civil, pues mientras el primero incluye los daños producidos por culpa leve del asegurado, el segundo incluye también los daños producidos por culpa de toda clase, justamente porque se trata de un seguro de responsabilidad.

En resumen, el azar domina siempre toda operación de seguro aisladamente considerada. Pero la explotación en masa que caracteriza la actividad de las empresas aseguradoras, permite un cálculo preciso sobre la realización del riesgo, que se funda en un doble dato: primero, que los riesgos que amenazan la vida o el patrimonio no afectan a todos ni los afectan en la misma medida (si así fuese, la prima del seguro debería ser equivalente al valor actual del capital asegurado, y el seguro implicaría un gasto inútil); segundo, que los hechos fortuitos, cuando se observan en gran número, demuestran una realización regular. Esta ley (llamada "ley de los grandes números") permite a las empresas aseguradoras determinar con referencia a cierto plazo de tiempo y a cierto objeto asegurado, la frecuencia con que resulta afectado por un riesgo también determinado. Las tarifas de las empresas de seguros se formulan sobre observaciones de este tipo y sobre la base de la experiencia.

3) Necesidad pecuniaria.- En la doctrina del seguro el riesgo implica la amenaza de que ocurra un hecho que provoque una necesidad económica. Claro es que la mayoría de los contratos onerosos tienen por móvil satisfacer una necesidad pecuniaria. Mas lo peculiar del seguro es que la necesidad surge por consecuencia de un acontecimiento futuro e incierto al que hemos llamado "siniestro". La necesidad patrimonial aparece en el fondo de todo contrato de seguro, de una manera más o menos abstracta, pero no se eleva a elemento del concepto jurídico más que cuando se trata del seguro contra daños. En este caso la reparación de la necesidad económica producida por el siniestro, esto es, el daño, se eleva a causa del contrato. En los seguros sobre la vida es evidente también el deseo de subvenir a una futura necesidad patrimonial causada por la muerte; o por la larga vida que determina la disminución de la capacidad de trabajo. Pero, a diferencia de los seguros contra daños, en este caso la cobertura de una necesidad pecuniaria no asciende a causa del contrato, sino que se queda en simple motivo económico. Desde el punto de vista jurídico, el problema se enlaza al de la contraposición entre los seguros contra daños y los seguros sobre las personas y al criterio diferencial entre unos y otros.

La necesidad pecuniaria no puede considerarse como elemento del concepto jurídico de la institución, pero, indudablemente, es un ingrediente económico que destaca con mayor fuerza en el seguro que en los demás contratos onerosos, por el carácter "sui generis" de la necesidad patrimonial: 1º Es una necesidad futura e incierta. 2º Es una necesidad que se cubre con un coste inferior al que se precisaría para satisfacerla en el momento en que se presentare. La relación entre la necesidad pecuniaria y la obligación del asegurador de pagar una indemnización se ve clara en el seguro contra daños y es más borrosa e indefinida en el seguro sobre la vida. Si así no fuera todos los seguros serían contratos cuya finalidad será la de indemnizar un posible daño futuro. Esta es la tesis de la llamada "teoría indemnitaria", a la que no podemos adherirnos.

En resumen, podemos concluir respecto del concepto y características del riesgo:

El riesgo es la inseguridad, probabilidad o proximidad de un daño. Se trata, pues, de la incertidumbre sobre el acaecimiento de un evento y de las consecuencias dañosas que el mismo puede acarrear.

Posiblemente la definición más completa de riesgo pueda ser esta:

Evento incierto, indeseable, imprevisto e involuntario que, en caso de producirse, puede tener consecuencias negativas para quien lo sufre y puede generar al mismo tiempo unas necesidades cuantificables económicamente.

En el ámbito asegurador, el riesgo es el objeto del seguro.

Se previene el mismo mediante el contrato de seguro, mediante el cual, el asegurador se hace cargo de las consecuencias dañosas que pudieran producirse para el asegurado, quedando obligado al pago de una indemnización si se materializa el riesgo.

Las características del riesgo son:

- a) **Incertidumbre o aleatoriedad.** Es necesario que exista incertidumbre sobre si se producirá o no el hecho, o sabiendo que se producirá, se ignora cuándo.
- b) **No deseo de que acaezca por parte del afectado.**
- c) **Imprevisibilidad,** es decir, que suceda de manera súbita.
- d) **Posibilidad.** Ha de ser un hecho cuyo acaecimiento sea posible.
- e) **Fortuito o involuntario,** sin que exista intervención del afectado.
- f) **Licitud.** El riesgo que se asegura ha de ser acorde con la Ley, las costumbres y el orden público.

g) **Concreción.** El riesgo ha de estar definido sin ambigüedad, debiendo recaer sobre algo susceptible de valoración económica.

2.- Principios técnico aseguradores.-

2.1. Probabilidad.-

Es la frecuencia relativa de un determinado suceso, basada en la posibilidad de su acontecimiento.

2.2.- Ley de los grandes números.-

A mayor número de unidades de riesgo, más probable es que la experiencia de pérdida efectiva sea igual a la experiencia de pérdida probable.

El riesgo, la incertidumbre, disminuye a medida que aumenta el número de unidades (v.gr.: no es lo mismo 200 ordenadores almacenados en una nave, que el mismo número de ordenadores repartidos entre 100 colegios).

2.3.- Suceso.

Suceso es un hecho o acontecimiento posible.

2.4.- Sucesos mutuamente excluventes.-

Son aquellos que no se pueden ocasionar simultáneamente (v.gr.: vida o muerte: sacar un as y un rey de la baraja).

Su probabilidad es la suma de cada suceso.

2.5.- Sucesos independientes.-

Son aquellos que carecen de relación entre si.

2.6.- Peligro.-

Es un suceso (situación fáctica consolidada) que puede causar una pérdida (v. gr.: incendio, accidente, etc...)

2.7.- Azar.-

Es una condición que origina o aumenta la probabilidad de pérdida por un peligro.

3.- El interés en el seguro.-

El interés asegurado es la relación, susceptible de valoración económica, que existe entre un sujeto y una cosa apta para prestar una utilidad o necesidad.

La doctrina del interés, o sea la relación por cuya virtud alguien sufre un daño patrimonial por efecto de un hecho determinado, tiene su marco propio en el seguro contra daños, dado que el interés es un concepto inseparable del de daño patrimonial. Por ello las leyes mencionan el interés sólo al tratar de esa clase de seguro.

El objeto del contrato de seguro no es tanto el bien expuesto al riesgo como el interés que tiene su titular en que el evento dañoso no se produzca.

Siendo el interés el objeto del contrato de seguro, la Ley sanciona la ausencia de aquél con la nulidad del contrato (art. 25 LCS).

Se dice que un seguro es pleno o a valor total cuando la suma asegurada y el interés asegurable coinciden.

4.- Explotación conforme a plan.-

El contrato de seguro empieza a ser realmente seguro cuando comienza a funcionar bajo la forma de una garantía recíproca entre varias economías privadas amenazadas por los mismos riesgos (principio de la homogeneidad del riesgo). La contribución de cada una de esas economías vendrá a engrosar un fondo suficiente para afrontar el pago de los siniestros aislados. Esto exige la explotación en masa del seguro y con arreglo a un plan que permita calcular, sobre la base de los siniestros probables, el importe de la contribución de cada asegurado. Para el concepto jurídico del seguro no es, en cambio, esencial el dato de la explotación por una empresa aseguradora y conforme a plan, porque las relaciones jurídicas derivadas del contrato no resultan afectadas por el hecho de que el asegurador haya celebrado un solo contrato o muchos semejantes.

Las formas de explotación del seguro, correspondientes a otras tantas formas de empresa aseguradora, son dos: la forma asociativa, que excluye el propósito de lucro (asociación de seguros mutuos), y la forma lucrativa o de explotación industrial (sociedades de seguros). En la primera, el asegurado, si al propio tiempo no es accionista, está fuera del círculo de los participantes en el negocio. Es un cliente que paga unas primas de seguro. En la segunda, son simultáneas la conclusión del contrato y la adquisición de la cualidad de miembro.

5.- Concepto económico del seguro.-

No todo negocio jurídico que asegure un sustitutivo o una reparación de las consecuencias directas o indirectas de un siniestro tiene el concepto de seguro. Sólo habrá seguro cuando esa finalidad se alcance mediante la distribución de la reparación entre un gran número de personas amenazadas por idénticos riesgos. Esta es la nota de la mutualidad que se eleva a elemento constante del seguro aunque varíe su forma

jurídica. Todas las definiciones económicas del seguro se basan en la idea de la distribución entre un gran círculo de personas aseguradas que participan con un aportación notablemente inferior a la que habrían de realizar para compensar por sí solas el daño sufrido. Por tanto, cobertura recíproca o mutua es la característica específica y capital del seguro. Cobertura significa la finalidad económica del seguro. Mutua expresa la forma de explotación.

6.- Concepto y clases de contratos de seguro.-

Una vez descubierta la esencia del seguro, a través de sus fundamentos técnico-económicos, el contrato no es más que su forma jurídica.

A) **Concepto dualista.-** Un concepto del contrato de seguro a prima fija, se encontraba en el derogado artículo 1.791 del Código Civil: "Contrato de seguro es aquel por el cual el asegurador responde del daño fortuito que sobrevenga en los bienes muebles o inmuebles asegurados mediante cierto precio, el cual puede ser fijado libremente por las partes." Se advierte que este concepto se limitaba al seguro contra daños, dejando excluidos totalmente los seguros sobre las personas. El Código Civil (como ocurre con las viejas leyes) estaba bajo la influencia histórica del seguro marítimo como prototipo de todo seguro, olvidando que era forzoso desdoblarse el concepto desde que apareció la figura sobre la vida. Este desdoblamiento se encuentra ya en las leyes más modernas.

El contrato de seguro es un contrato de contenido heterogéneo, imposible de reconducir a un concepto válido para todos los posibles tipos de seguro. La peculiaridades de cada tipo son tan acusadas que no se puede hablar de un contrato único, sino de un semillero de contratos diversos, sometidos a normas jurídicas radicalmente distintas. No basta decir que asegurar a alguien contra un acontecimiento significa comprometerse a una prestación para el caso de realizarse el acontecimiento previsto como futuro e incierto, porque semejante contenido abarca desde la obligación condicional hasta la fianza, pasando por el seguro estricto. La naturaleza extraordinariamente compleja del contrato de seguro, en el que, como ocurre con el arrendamiento, el contenido es sumamente diverso, induce a varios autores a renunciar a una definición. Así por ejemplo, Hagen, al tratar del concepto del seguro, habla de la inutilidad e imposibilidad de una determinación conceptual.

De los fundamentos técnico-económicos que hemos analizado, debemos retener ahora el riesgo y la incertidumbre y contentarnos con una definición basada sobre uno de esos elementos. Seguro es un contrato sustantivo y oneroso por el cual una persona -el asegurador- asume el riesgo de que ocurra un acontecimiento incierto al menos en cuanto al tiempo, obligándose a realizar una prestación pecuniaria cuando el riesgo se haya convertido en siniestro.

La doctrina que centra el seguro sobre la traslación del riesgo desde el asegurado al asegurador es aceptable, siempre que se aclare bien su sentido. El asegurador no asume el mismo riesgo que pesa sobre el asegurado, sino que asume las consecuencias económicamente perjudiciales de tales hechos para el asegurado. Esta asunción del riesgo de tener que subvenir a una futura necesidad económica, concreta o abstracta, del asegurado, constituye la prestación esencial del asegurador.

Todo seguro tiende a satisfacer una futura necesidad económica. La diferencia está en que en el seguro sobre la vida, esta pretensión o deseo no asciende a causa del contrato, sino sólo a motivo económico, mientras que en el seguro contra daños la completa reparación del daño es la causa del contrato. Por tanto, habrá que reconocer que el concepto de seguro se desdobra en seguro contra daños y seguro sobre la vida, y que este concepto dualista es el único que armoniza con la realidad de la institución, tal como se recoge en las leyes y en la doctrina clásica de los autores.

El artículo 1º de la Ley de Contrato de Seguro, de 8 de Octubre de 1.980 define este contrato diciendo: "El contrato de seguro es aquel porque el asegurador se obliga, mediante el cobro de una prima y para el caso de que se produzca el evento cuyo riesgo es objeto de cobertura, a indemnizar dentro de los límites pactados, el daño producido al asegurado o a satisfacer un capital, una renta u otras prestaciones convenidas." En este artículo 1º está clara la contraposición entre los seguros contra daños, cuyo objeto es la cobertura de un daño mediante su reparación, y los seguros de personas en los que no hay cobertura de un daño, sino el simple pago de un capital, de una renta o de otras prestaciones de antemano convenidas, inclinándose por la concepción dualista del seguro, la cual, en buena lógica, debió regir todo el contenido de la ley. Pero no ha sido así, sino que quizás por un "lapsus legislatoris", el elemento de la indemnización aparece también en los seguros sobre las personas, y ello no es coherente con la definición del artículo 1º.

La ley de 1.980 dedica el Título II al seguro contra daños, incluyendo el seguro de incendios, contra el robo, de transportes terrestres, de lucro cesante, de caución, de crédito, de responsabilidad civil y el reaseguro. El Título III trata del seguro de personas, incluyendo el seguro sobre la vida, de accidentes y los de enfermedad y de asistencia sanitaria.

Los conceptos y elementos comunes a todo seguro subsisten dentro de la clásica doctrina dualista (riesgo, azar, posibilidad e incertidumbre, siniestro, obligaciones recíprocas de los contratantes, etcétera). Y, dentro de esta misma doctrina, el seguro contra daños y el seguro sobre la vida se separan en lo que justamente deben separarse, a saber: en la función, que es puramente indemnitaria en el seguro contra daños y es, en cambio, de ahorro o previsión en el seguro sobre la vida.

B) Proposición solicitud y cuestionario de contrato de seguro.

Existen claras diferencias entre una mera solicitud, una propuesta y un contrato de seguro. La falta de definición de cada uno de estos actos por la LCS ha sido cumplimentada por la jurisprudencia y por la doctrina, que han configurado la solicitud como una petición para obtener una póliza de seguro, por lo que, por norma general, debería limitarse a la identificación de la persona que quiere obtener un seguro y el tipo de seguro que quiere solicitar, no vinculando para nada al peticionario, y su admisión no supone per se la concertación de una relación contractual, mientras que la propuesta de seguro implica algo más, por cuanto viene elaborada por una compañía aseguradora, estableciendo el contenido mínimo de una futura póliza de seguro, lo que se traduce en una verdadera oferta que realiza la entidad aseguradora, a la que la LCS le atribuye una vinculación jurídica para el oferente durante el plazo de 15 días; finalmente, el contrato de seguro supone la conclusión de un proceso de negociación por adhesión entre la entidad aseguradora y el asegurado, sin necesidad de que haya una solicitud o propuesta previa, que vincula a las partes desde el momento en que se den los requisitos del

contrato con los derechos y obligaciones que del mismo se derivan y que se plasman en la póliza

La proposición de seguro es la oferta que el asegurador hace al potencial tomador del seguro, relativa a la conclusión de un contrato de seguro.

No existiendo norma alguna en la Ley de contrato de seguro que regule la forma en que debe formularse, sin perjuicio de ello parece claro que la misma deberá hacerse respetando tanto lo previsto en el artículo 3 de dicha Ley, como en la Ley 13-4-1998, núm. 7/1998 de condiciones generales de la contratación y en la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

Supone un caso especial la proposición en el seguro obligatorio de automóviles a que se refiere el artículo 9 del reglamento del seguro de responsabilidad civil derivada del uso y circulación de vehículos de motor, en la medida en que, además de fijar el contenido mínimo de dicha proposición, determina que "produce los efectos de cobertura del riesgo durante el plazo de veinte días", incluso aunque la póliza esté sin firmar y aunque no pague la prima.

La solicitud es la declaración del potencial tomador del seguro, dirigida a la entidad aseguradora, manifestándole su deseo de contratar un determinado seguro y facilitando los datos precisos para la formalización de la póliza de seguro.

A diferencia de la proposición "la solicitud del seguro no vinculará al solicitante" (art. 6 LCS). Queda en el ámbito precontractual, como germen de voluntad de contratar o petición sin compromiso

Obviamente la veracidad de los datos contenidos en la solicitud vincula al contratante una vez formalizado el contrato de seguro ya que la solicitud forma parte del contrato de seguro, pues conforma la información utilizada por la aseguradora de cara a captar o rechazar el riesgo y de cara a determinar el importe de la prima

El artículo 10 de la Ley de contrato de seguro hace referencia al **cuestionario** cuando establece que el tomador del seguro tiene el deber, antes de la conclusión del contrato, de declarar al asegurador, de acuerdo con el cuestionario que éste le someta, todas las circunstancias por él conocidas que puedan influir en la valoración del riesgo.

El deber de información del tomador se limita a responder bien y fielmente a las preguntas que figuren en el cuestionario que le presente el asegurador

C) **Clasificación del contrato de seguro.**- Las clasificaciones más aceptadas atienden a la naturaleza de la prestación del asegurador (seguro de indemnización, o seguro de capital o renta), o a la naturaleza del objeto afectado por el riesgo (seguro de cosas y seguro de personas).

La clasificación del seguro debe de tomar como criterio la diversa naturaleza de la prestación del asegurador, por eso Bruck los clasifica de la siguiente manera: De un lado los seguros de intereses, que corresponden a la clásica terminología del seguro contra daños y que responden al sistema de la concreta cobertura de

necesidad, esto es, de la prestación del asegurador ajustada al daño realmente sufrido; y de otro, los seguros de personas en sentido estricto, que responden al sistema de la abstracta cobertura de necesidad. Esta clasificación debe completarse con un tipo intermedio, a saber, el seguro de personas impuro o en sentido amplio, en el que también la prestación del asegurador responde al sistema de la concreta cobertura de necesidad (seguro de enfermedad, de accidentes, de invalidez, de entierro y funeral, etc.).

En el sistema llamado de la "concreta cobertura de necesidad", el asegurador ha de realizar su prestación sólo cuando ocurra una determinada necesidad y con la extensión máxima de la necesidad realmente sentida.

En el sistema llamado de la "abstracta cobertura de necesidad" desaparece la dependencia entre una especial necesidad y la prestación pecuniaria del asegurador. Este se obliga a una prestación cuya cuantía se determina en el contrato por anticipado y puede, por tanto, ser o no equivalente a la necesidad sentida. Conforme a este sistema se explotan los llamados "seguros de personas", que la Ley del Contrato de Seguro agrupa bajo la rúbrica de "seguro sobre la vida".

Conforme al Reglamento de Ordenación del Seguro Privado, de 1 de Agosto de 1.985, la autorización administrativa para ejercer la actividad aseguradora se otorgará por ramos de seguro. Con este objeto el Ministerio de Economía y Hacienda hará la clasificación de los ramos separando los correspondientes al seguro sobre la vida y los correspondientes a los demás seguros. La Orden de 7 de Septiembre de 1.987 en sus artículos 3º y 4º clasifica en ramos, los seguros distintos del de vida y sobre la vida, respectivamente:

a) Seguros distintos del de vida. Se clasifican en los siguientes ramos:

1. Accidentes.
2. Enfermedad.
3. Vehículos terrestres (distintos de los ferroviarios).
4. Vehículos ferroviarios.
5. Aeronaves.
6. Cascos de buques o embarcaciones.
7. Mercancías transportadas.
8. Incendio y eventos de la naturaleza.
9. Otros daños a los bienes.
10. Responsabilidad civil: vehículos terrestres automotores.
11. Responsabilidad civil: aeronaves.
12. Responsabilidad civil: buques y embarcaciones.
13. Responsabilidad civil general.
14. Crédito.
15. Caución.
16. Pérdidas pecuniarias diversas.
17. Defensa jurídica (prestación de dicho servicio).
18. Asistencia en viaje (prestación de dicho servicio).
19. Asistencia sanitaria (prestación de dicho servicio).
20. Decesos (prestación de los servicios fúnebres).

21. Otras prestaciones de servicios: Comprende cualquier otro seguro en el que se garantice la prestación de servicios distintos de los previstos en los ramos 17, 18, 19 y

b) Ramo de vida. Comprende todas las modalidades de seguro que cubran los riesgos sobre la vida humana, incluidas las operaciones de capitalización con sorteo y la administración de fondos de pensiones.

La clasificación de ramos de seguro que hace la Orden de 7 de Septiembre de 1.987 responde al sistema de la "concreta cobertura de necesidad", esto es, de la prestación del asegurador ajustada al daño realmente sufrido (artículo 3º) y al sistema de la "abstracta cobertura de necesidad", en que desaparece la dependencia entre una especial necesidad y la prestación pecuniaria del asegurador (artículo 4º). Este se obliga a una prestación cuya cuantía se determina en el contrato por anticipado y puede, por tanto, ser o no equivalente a la necesidad sentida.

Como podemos observar en la clasificación que hace la Orden de 7 de Septiembre de 1.987, la prestación a la que está obligado el asegurador no sólo consiste en la indemnización mediante la entrega de un capital, sino que también puede consistir en una prestación de servicios, tal y como ocurre en los ramos 17 al 21, ambos inclusive, del artículo 3º de la referida Orden.

El artículo 3 c) de la Ley de Ordenación de los Seguros Privados de 2 de Agosto de 1.984 prohibía a las entidades aseguradoras el ejercicio de cualquier actividad o industria distintas de las propias de la actividad aseguradora, salvo que hayan obtenido la autorización administrativa correspondiente. Dicho precepto se recoge en el artículo 5.1 c) del Reglamento del Seguro Privado de 1 de Agosto de 1.985. Sin embargo esta prohibición afectará a la mera prestación de servicios que no sea consecuencia de la cobertura de un riesgo técnicamente asegurable (art. 2.3 del Reglamento del Seguro Privado), pero no a cuando la obligación de prestación de servicios constituya el objeto de un contrato de seguro que reúna los requisitos contenidos en el artículo 1 de la Ley de Contrato de Seguro (art. 2.2 del Reglamento del Seguro Privado). El referido artículo 1 de la L.C.S. recoge entre las posibles obligaciones del asegurador, el satisfacer un capital, una renta u otras prestaciones. Por otra parte, la referida prohibición del artículo 3 c) de la Ley de Ordenación del Seguro Privado, se salva con la oportuna autorización del Ministerio de Economía y Hacienda, la cual se concederá siempre que no se ponga en peligro la solvencia de la entidad aseguradora (art. 5.2 del Reglamento de Ordenación del Seguro Privado). Dicha autorización se entiende concedida desde el mismo momento en que el Ministerio de Economía y Hacienda dicta la Orden de 7 de Septiembre de 1.987 que recoge en la clasificación de ramos de seguros: los de prestación de servicios de defensa jurídica, de asistencia en viaje, de asistencia sanitaria, de servicios fúnebres y cualquier otro seguro en el que se garantice la prestación de otros servicios distintos de los enumerados anteriormente. Además de esta Orden del Ministerio de Economía y Hacienda, hay que citar las siguientes normas, actualmente vigentes: 1º Los artículos 76.a), 76.b), 76.c), 76.d), 76.e), 76.f), y 76.g) de la Ley de Contrato de Seguro, de 8 de Octubre de 1.980, conforme a la redacción dada por la Ley 21/1.990 de adaptación del Derecho Español a la Directiva 88/357/CEE, que regulan el seguro de defensa jurídica. También la Orden de 23 de Octubre de 1.982, por la que se regula el ramo de defensa jurídica. 2º La Orden de 27 de Enero de 1.988 del Ministerio de Economía y Hacienda que califica la

cobertura de las prestaciones de asistencia en viaje como operación de seguro privado. Y 3º Los artículos 105 y 106 de la Ley de Contrato de Seguro, de 8 de Octubre de 1.980 que regulan el seguro de enfermedad y de asistencia sanitaria.

Vemos por tanto, que el contrato de seguro consistente en la prestación de unos servicios, para el supuesto de que suceda un determinado evento posible pero incierto, que produzca una necesidad en el damnificado que pueda ser satisfecha mediante dicha prestación de servicios por el asegurador, no sólo es posible en nuestro ordenamiento, sino que además se encuentra regulado en el mismo por diversos preceptos que incluso algunos de ellos tienen el rango de ley.

La Ley 30/1996 , de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados (LOSSP), establece en su Disposición adicional primera, los siguientes ramos de seguro :

1. En el seguro directo distinto del seguro de vida la clasificación de los riesgos por ramos, así como la denominación de la autorización concedida simultáneamente para varios ramos y, finalmente, la conceptualización de riesgos accesorios se ajustará a lo siguiente:

A. Clasificación de los riesgos por ramos.

1. Accidentes.

Las prestaciones en este ramo pueden ser: a tanto alzado, de indemnización, mixta de ambos, y de cobertura de ocupantes de vehículos.

2. Enfermedad (comprendida la asistencia sanitaria).

Las prestaciones en este ramo pueden ser: a tanto alzado, de reparación, y mixta de ambos.

3. Vehículos terrestres (no ferroviarios). Incluye todo daño sufrido por vehículos terrestres, sean o no automóviles, salvo los ferroviarios.

4. Vehículos ferroviarios.

5. Vehículos aéreos.

6. Vehículos marítimos, lacustres y fluviales.

7. Mercancías transportadas (comprendidos los equipajes y demás bienes transportados).

8. Incendio y elementos naturales. Incluye todo daño sufrido por los bienes (distinto de los comprendidos en los ramos 3, 4, 5, 6 y 7) causado por incendio, explosión, tormenta, elementos naturales distintos de la tempestad, energía nuclear y hundimiento de terreno.

9 **Otros daños** a los bienes. Incluye todo daño sufrido por los bienes (distinto de los comprendidos en los ramos 3, 4, 5, 6 y 7) causado por el granizo o la helada, así como por robo u otros sucesos distintos de los incluidos en el número 8.

10. **Responsabilidad civil** en vehículos terrestres automóviles (comprendida la responsabilidad del transportista).

11. **Responsabilidad civil en vehículos aéreos** (comprendida la responsabilidad del transportista).

12. **Responsabilidad civil en vehículos marítimos, lacustres y fluviales** (comprendida la responsabilidad civil del transportista).

13. **Responsabilidad civil en general.** Comprende toda responsabilidad distinta de las mencionadas en los números 10, 11 y 12.

14. **Crédito.** Comprende insolvencia general, venta a plazos, crédito a la exportación, crédito hipotecario y crédito agrícola.

15. **Caución** (directa e indirecta).

16. **Pérdidas pecuniarias diversas.** Incluye riesgos del empleo, insuficiencia de ingresos (en general), mal tiempo, pérdida de beneficios, subsidio por privación temporal del permiso de conducir, persistencia de gastos generales, gastos comerciales imprevistos, pérdida del valor venal, pérdidas de alquileres o rentas, pérdidas comerciales indirectas distintas de las anteriormente mencionadas, pérdidas pecuniarias no comerciales y otras pérdidas pecuniarias.

17. **Defensa jurídica.**

18. **Asistencia.** Asistencia a las personas que se encuentren en dificultades durante desplazamientos o ausencias de su domicilio o de su lugar de residencia permanente. Comprenderá también la asistencia a las personas que se encuentren en dificultades en circunstancias distintas, determinadas reglamentariamente, siempre que no sean objeto de cobertura en otros ramos de seguro.

19. **Decesos.** Incluye operaciones de seguro que garanticen únicamente prestaciones en caso de muerte, cuando estas prestaciones se satisfagan en especie o cuando el importe de las mismas no exceda del valor medio de los gastos funerarios por un fallecimiento.

Conforme a la LOSSP los riesgos comprendidos en un ramo no podrán ser clasificados en otro ramo, sin perjuicio de lo dispuesto respecto de los riesgos accesorios en la letra C.

B. Denominación de la autorización concedida simultáneamente para varios ramos.
Cuando la autorización se refiera simultáneamente:

-A los ramos 1 y 2 se dará con la denominación «Accidentes y enfermedad».

-A la cobertura de ocupantes de vehículos del ramo 1 y a los ramos 3, 7 y 10 se dará con la denominación «Seguro de automóvil».

-A la cobertura de ocupantes de vehículos del ramo 1 y a los ramos 4, 6, 7 y 12 se dará con la denominación «Seguro marítimo y de transporte».

-A la cobertura de ocupantes de vehículos del ramo 1 y a los ramos 5, 7 y 11 se dará con la denominación «Seguro de aviación».

-A los ramos 8 y 9 se dará con la denominación «Incendio y otros daños a los bienes».

-A los ramos 10, 11, 12 y 13 se dará con la denominación «Responsabilidad civil».

-A los ramos 14 y 15 se dará con la denominación «Crédito y caución».

-A todos los ramos se dará con la denominación «Seguros generales».

C. Riesgos accesorios. La entidad aseguradora que obtenga una autorización para un riesgo principal perteneciente a un ramo o a un grupo de ramos podrá asimismo cubrir los riesgos comprendidos en otro ramo sin necesidad de obtener autorización de los mismos, cuando éstos estén vinculados al riesgo principal, se refieran al objeto cubierto contra el riesgo principal y estén cubiertos por el contrato que cubre el riesgo principal, siempre que para la autorización en el ramo al que pertenezca el riesgo accesorio no se requieran mayores garantías financieras previas que para el principal, salvo, en cuanto a este último requisito, que el riesgo accesorio sea el de responsabilidad civil cuya cobertura no supere los límites que reglamentariamente se determinen.

No obstante los riesgos comprendidos en los ramos 14, 15 y 17 no podrán ser considerados accesorios de otros ramos, salvo el ramo 17 (defensa jurídica) que, cuando se cumplan las condiciones exigidas en el párrafo anterior, podrá ser considerado como riesgo accesorio del ramo 18 si el riesgo principal sólo se refiere a la asistencia facilitada a las personas en dificultades con motivo de desplazamientos o de ausencias del domicilio o del lugar de residencia permanente, y como riesgo accesorio del ramo 6 cuando se refiera a litigios o riesgos que resulten de la utilización de embarcaciones marítimas o que estén relacionados con dicha utilización.

2. El seguro directo sobre la vida se incluirá en un solo ramo, el ramo de vida, con el ámbito de todos los ramos del seguro directo sobre la vida enumerados en las Directivas comunitarias reguladoras de la actividad del seguro directo sobre la vida.

A. Ambito del ramo de vida.

El ramo de vida comprenderá:

a) **Seguro sobre la vida**, tanto para caso de muerte como para caso de supervivencia, o ambos conjuntamente, incluido en el de supervivencia el seguro de renta; el seguro sobre la vida con contraseguro; el seguro de «nupcialidad»; y el seguro de «natalidad». Asimismo comprende cualquiera de estos seguros cuando estén vinculados con fondos de inversión.

b) Operaciones de capitalización del artículo 3.2 de la LOSSP.

c) **Operaciones de gestión de fondos colectivos de jubilación y de gestión de operaciones tontinas**. Se entenderá por:

-Operaciones de gestión de fondos colectivos de jubilación aquellas que supongan para la entidad aseguradora administrar las inversiones y, particularmente, los activos representativos de las reservas de las entidades que otorgan prestaciones en caso de muerte, en caso de vida o en caso de cese o reducción de actividades. También estarán comprendidas tales operaciones cuando lleven una garantía de seguro, sea sobre la conservación del capital, sea sobre la percepción de un interés mínimo. Quedan expresamente excluidas las operaciones de gestión de fondos de pensiones, regidas por la Ley 8/1987, de 8 de junio (RCL 1987\1381), reguladora de los Planes y Fondos de Pensiones, que estarán reservadas a las entidades gestoras de fondos de pensiones.

-Operaciones tontinas aquellas que lleven consigo la constitución de asociaciones que reúnan partícipes para capitalizar en común sus aportaciones y para repartir el activo así constituido entre los supervivientes o entre sus herederos.

B. Riesgos complementarios.

Las entidades autorizadas para operar en el ramo de vida podrán cubrir como riesgos complementarios los comprendidos en el ramo de accidentes y en el ramo de enfermedad, siempre que concurren los siguientes requisitos:

-Estén vinculados con el riesgo principal y sean complementarios del mismo.

-Se refieran al objeto cubierto contra el riesgo principal.

-Estén garantizados en un mismo contrato con éste.

-Cuando el ramo complementario sea el de enfermedad, y éste no comprenda prestaciones de asistencia sanitaria.

No estableciendo retroactividad alguna la L 30/1995 de 8 Nov. (ordenación y supervisión de los seguros privados) es claro que sólo a los hechos ocurridos con posterioridad les puede ser aplicable la nueva normativa, en tanto que los anteriores a su entrada en vigor deben regirse por las normas legales vigentes al tiempo de producirse, que es cuando nace la relación jurídica de responsabilidad civil en los términos establecidos por las normas aplicables en ese momento y con el alcance y efectos determinados por éstas, configurando el derecho de crédito que se ejercita. La jurisprudencia se ha pronunciado en contra de la retroactividad de esta Ley, teniendo presente que la regla general contenida en el art. 2.3 CC es la de la irretroactividad, igualmente proclamada en el art. 9.3 CE, en relación con las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de los derechos individuales, por lo que éste ha de ser el criterio que se mantenga, máxime cuando la L 30/1995 no prevé régimen transitorio alguno, guardando silencio sobre los posibles efectos retroactivos, aunque en ella sí se contienen continuas referencias al momento del siniestro

7.- Cláusulas abusivas y condiciones generales de contratación en pólizas de seguro.-

7.1.- Relevancia de la buena fe en el contrato de seguro.-

El contrato de seguro se caracteriza por ser un:

- * Contrato bilateral.
- * Contrato consensual.
- * Contrato oneroso.
- * Contrato aleatorio.
- * Contrato sustantivo.
- * Contrato único.
- * Contrato de tracto sucesivo o de ejecución continuada.
- * Contrato basado en la buena fe.

Dada las limitaciones de esta exposición, nos interesa ahora mantener nuestra atención en esta última característica de la buena fe.

Dado el carácter del contrato de seguro como de máxima buena fe - uberrimae bonae fidei-, exige inexcusablemente la colaboración del futuro asegurado, en el sentido de dar a conocer con lealtad, exactitud y diligencia al posible asegurador todas aquellas circunstancias que éste deba conocer para poder decidir, con el máximo

conocimiento de datos que sólo el futuro asegurado puede aportarle, si acepta o no la concertación del proyectado seguro.

La doctrina ha destacado casi unánimemente la necesidad de la concurrencia de la buena fe en las relaciones entre las partes intervinientes en el contrato de seguro. Así, PEREZ SERRABONA ("El contrato de seguro, interpretación de las condiciones generales") abordó este tema concluyendo que "el contrato de seguro es un contrato uberrimae bonae fidei (de una buena fe extraordinaria)" y anteriormente GARRIGUES había tratado magistralmente el tema en su obra "El contrato de seguro terrestre".

A) Normalmente, salvo en los grandes riesgos y en otros casos puntuales, el seguro es un contrato celebrado en masa o de adhesión, en el que el contratante se subordina a las condiciones generales de contratación contenidas en el mismo. Ello implica para el asegurador un exquisito cuidado con la observancia de la buena fe, incompatible con cláusulas oscuras o lesivas para el asegurado.

B) La buena fe funciona en el contrato de seguro, como en el resto de los contratos mercantiles, de acuerdo con lo establecido en el artículo 57 del Código de Comercio: "Los contratos de comercio se ejecutarán y cumplirán de buena fe, según los términos en que fueren hechos y redactados, sin tergiversar con interpretaciones arbitrarias el sentido recto, propio y usual de las palabras dichas y escritas, ni restringir los efectos que naturalmente se deriven del modo con que los contratantes hubieren explicado su voluntad y contraído sus obligaciones" (véanse en este sentido los artículos 1.281 y 1.289 del Código civil).

C) La buena fe en el seguro debe manifestarse:

* **Antes de la contratación del riesgo.** Por ejemplo, al imponer al asegurado la obligación de comunicar al asegurador los cambios y alteraciones que hayan sufrido los objetos asegurados y que aumenten los riesgos (art. 10, 1º, 11 y 12 de la LCS).

El art. 10 párr. 1.º LCS dispone que el tomador del seguro tiene el deber, antes de la conclusión del contrato, de declarar al asegurador, de acuerdo con el cuestionario a que éste le someta, todas las circunstancias por él conocidas que puedan influir en la valoración del riesgo; este precepto pone de relieve que por parte del asegurador ha de haber una concreta actuación, la de someter al tomador del seguro a un cuestionario con las preguntas que considere necesarias para precisar, en vista de las respuestas que dé el tomador del seguro, la importancia del riesgo cuyas consecuencias se dispone a asumir y, por otro lado, impone al tomador del seguro el deber de declarar, como respuesta a las preguntas formuladas, todo cuanto sepa que pueda afectar a la valoración del riesgo. Las respuestas del tomador del seguro se extenderán a más o menos materias según sea la amplitud del cuestionario al que le ha sometido el asegurador; no puede entenderse, sin más, que el tomador esté obligado a declarar lo que tiene relación con el cuestionario formulado, siendo fundamental la veracidad o no de las respuestas dadas por el tomador del seguro, fundamental para saber si ocultó o no datos importantes que habrían influido, en el supuesto de conocerlos, en la voluntad del asegurador de celebrar el contrato, o de celebrarlo en unas u otras condiciones; en definitiva, para llegar al convencimiento de que el tomador actuó con dolo o culpa

grave: consecuentemente, en un proceso en el que se alegue que el tomador del seguro actuó con dolo y que este comportamiento influyó en el consentimiento del asegurador, es decisivo conocer el cuestionario a que éste sometió a aquél y las respuestas que dio el primero. Generalmente el cuestionario y las respuestas constarán por escrito, pero nada se opone, en principio, a que uno y otras, o ambos, se haya hecho verbalmente: la forma que se haya empleado repercutirá sobre el modo de acreditar el alcance del cuestionario y el contenido de las respuestas.

Ahora bien, el deber impuesto al tomador del seguro de contestar verazmente al cuestionario que se le someta, declarando todas las circunstancias por él conocidas que puedan influir en la valoración del riesgo (art. 10 LCS), exige, a su vez, que por el asegurador se haya presentado a aquél el correspondiente cuestionario.

Así pues, la jurisprudencia declara que la buena fe exige la colaboración del tomador de una póliza de seguros proporcionando éste al asegurador, con lealtad, exactitud y diligencia, todas las circunstancias que deba conocer para concertar el seguro. El art. 10 LCS se refiere a todas las irregularidades, inexactitudes y reservas cometidas al contestar al cuestionario, debiendo recogerse todas las circunstancias que puedan influir en la valoración del riesgo, habiéndose considerado que hay dolo por omitir, por ejemplo, una enfermedad conocida, y que el deber de lealtad impone no silenciar los hechos y circunstancias influyentes y determinantes para la celebración del contrato. El deber de declarar ha de evaluarse con criterios objetivos, atendiendo no tanto a la buena o mala fe del asegurado como al dato de que el riesgo declarado sea diverso del real, de tal manera que se haya inducido a error a la aseguradora, que conservó un contrato que no hubiera celebrado de haber conocido la situación real del asegurado.

* **Durante la ejecución del contrato.** Por ejemplo, el artículo 19 de la LCS establece que el asegurador está obligado al pago de la prestación, salvo en el supuesto de que el siniestro haya sido causado por mala fe del asegurado.

Mientras en el art. 17.1 LCS se alude al asegurado y al tomador del seguro en orden a las medidas a adoptar para disminuir las consecuencias del siniestro, en el art. 19 de dicha ley se limita la mala fe al asegurado, y consecuencia de ello es que en su interpretación la más generalizada doctrina limite la inasegurabilidad de esa mala fe, no ya sólo en su aspecto subjetivo, sino también en el objetivo, al proyectar dicha conducta sobre la causa originadora del siniestro en lugar de sobre el resultado (art. 17.5 LCS)

* **Después del siniestro.** Por ejemplo, el artículo 76 de la LCS prevee la posibilidad de que el asegurador repita contra el asegurado en caso de que sea debido a conducta dolosa de éste, el daño o perjuicio causado a tercero.

Dado el carácter del contrato de seguro, en el que resulta dato consustancial del mismo la máxima buena fe entre las partes contratantes, resulta inexcusable exigencia del mismo la obligada colaboración del futuro asegurado, en el sentido de tener que dar con lealtad, exactitud y diligencia al asegurador todas aquellas circunstancias que éste deba conocer para poder decidir si procede o no a la concertación del seguro o las condiciones del mismo, muchas de cuyas circunstancias

específicas muchas de cuyas circunstancias específicas del asegurado son de exclusivo conocimiento de éste, viniendo a significar datos determinantes del seguro mismo.

7.1.1.- La mala fe.

Es un concepto que implica una conducta en desacuerdo con el imperativo ético de obrar ética y lealmente. Todo dolo implica mala fe, pero no al contrario. Cualquier clase de mala fe probada anula el contrato de seguro; mientras que para que lo anule el dolo es necesario que sea grave (art. 1.270 del Código Civil) y causante (art. 1.269 del Código Civil), es decir, determinante del consentimiento del contratante. La mala fe es un concepto que no implica dolo, pero que presupone siempre una culpa, ya que consiste en omitir aquello que se sabe y había el deber de decir.

7.1.2.- Dolo.

Cuando el causante del daño a tercero es a su vez el propio asegurado, el asegurador no puede ejercitar la acción subrogatoria contra su asegurado. En este caso la única vía que tiene el asegurador de recobrar las cantidades satisfechas al perjudicado es la señalada en el artículo 76 de la LCS, que consagra el derecho del asegurador a repetir contra el asegurado, en el caso de que el daño o perjuicio sea debido a conducta dolosa del asegurado.

En este supuesto al asegurador le quedan muy pocas posibilidades de recobrar la indemnización previamente satisfecha, ya que la necesidad de la concurrencia de dolo (intencionalidad) del asegurado es muy difícil que se de en la práctica, aunque, ciertamente, no imposible. Pongamos, por ejemplo, el caso de aseguramiento de médicos: la mala práctica médica, normalmente, implica la concurrencia de culpa o negligencia profesional, pero no de dolo, dado que el comportamiento doloso conlleva siempre la intencionalidad maligna del causante del daño y es excepcional encontrar casos de dolo en la actuación médica. Dicho de otra manera, cuando un cirujano se deja por olvido involuntario una gasa en el interior del cuerpo del paciente, está incurriendo en culpa o negligencia profesional, pues, en suma, no tenía intención de producir ningún hecho dañoso; ahora bien, si el cirujano, consciente y deliberadamente dejó alojada la gasa en el cuerpo del paciente, en este caso, está incurriendo en dolo, porque intencionadamente ha querido causar un daño perfectamente previsible.

No analizamos aquí la diferencia que existe entre dolo civil y dolo penal, pues no es objeto de la presente exposición. Baste resaltar como el elemento común en los dos tipos de dolo es la "intencionalidad" del sujeto activo que lleva a cabo el comportamiento doloso.

7.1.3.- Consecuencias de la mala fe.

Todas ellas se traducen en la:

- * Nulidad.
- * Rescisión.
- * Paralización de los derechos contractuales.

La Ley de Contrato de Seguro emplea varios calificativos, siendo todos ellos el reverso de la buena fe:

- El artículo 10 habla de la rescisión del contrato cuando el asegurado incurrió en mala fe en su declaración del riesgo.

- El artículo 12 trata de la agravación del riesgo, que rescinde el contrato cuando cuando el asegurado ha incurrido en mala fe al no haberla notificado.

- El artículo 16 se refiere a la pérdida del derecho a indemnización cuando el asegurado, al comunicar con el asegurador, omite por dolo o culpa grave la información sobre las circunstancias y consecuencias del siniestro.

- El artículo 32 habla de dolo cuando cuando el asegurado omite la comunicación de los demás seguros pactados por el mismo tiempo y por el mismo interés.

- Se habla de malquerencia o negligencia en el artículo 48.

- El concepto doloso aparece en el artículo 93, al referirse al suicidio, es decir, a la muerte causada dolosamente por el beneficiario.

- El artículo 100, relativo al seguro de accidentes, se habla de causa ajena a la intencionalidad del asegurado, y también en el artículo 102, cuando el asegurado provoca intencionadamente el accidente.

7.2.- Las condiciones generales en las pólizas de seguros.

DE CASTRO significó que: "se designan como tales condiciones a los conjuntos de reglas que un particular ... ha establecido para fijar el contenido ... de los contratos que sobre un determinado tipo de prestaciones se propone celebrar. Mediante tales condiciones se eliminan "a priori" los tratos previos entre las partes: una de estas (el empresario) se ha atribuido el papel de predisponer o dictar, conforme a su interés y a su gusto, la regulación de los contratos: se independiza el establecimiento de las condiciones de la celebración del contrato concreto; las condiciones se imponen de tal modo inexorable que pueden calificarse de apéndice de la prestación; se redactan en la forma abstracta y articulada que se acostumbra en las leyes" ("Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las Leyes, Cuadernos Cívitas 1.975, pág. 12).

El profesor DE CASTRO suscitó el problema fundamental relativo a los motivos para impugnar las condiciones generales:

a) El problema del consentimiento.

Realmente se consiente sobre lo conocido y lo entendido. Si las condiciones generales no han sido conocidas o entendidas por quien las suscribe, no pueden formar parte del contenido del contrato (art. 1.261 del C.c.). Ello nos conduce a su vez al problema de la acreditación de tal extremo, es decir, de probar en el momento procesal oportuno que no se entendió o no se comprendió determinada cláusula o condición general; problema que se complica extraordinariamente al aplicar el juego de

las presunciones a cada caso concreto y mucho más si se tiene en cuenta aquella expresión fulminante contenida en este tipo de condiciones, por la cual el firmante declara a cuantos efectos proceda que comprende y entiende lo que ha firmado, aunque, en realidad no sea así.

b) El problema de la libertad.

"Se ha señalado también que la libertad, fundamento de la autonomía de la contratación, no existe verdaderamente en el comprador, que ha aceptado las cláusulas generales para obtener lo que necesita, obligado a ello por monopolio de hecho o de derecho, sea por que todas las empresas del ramo las imponen. Este defecto, a pesar de su importancia, se considera en general insuficiente para la impugnación de las cláusulas, pues la coacción implícita que determina su aceptación no llega a ser uno de los vicios de la voluntad enumerados por la ley." (DE CASTRO, ob. cit. pág. 60)

Principios de interpretación de los contratos de seguro.-

Ya hemos visto como los contratos de adhesión, entre los que se hallan generalmente los contratos de seguros, se caracterizan porque el contenido de las condiciones generales del contrato son obra de una sola de las partes, de tal modo que el otro contratante no presta colaboración alguna a la formación del contenido contractual, sustituyéndose de esa manera la ordinaria determinación bilateral, propia de los contratos recíprocos, del contenido del vínculo por un simple acto de aceptación al contrato determinado precisamente por la parte oferente. De ahí que la jurisprudencia haya venido exigiendo en estos casos que debe acudirse a las normas de interpretación de los arts. 1281 a 1289, especialmente el art. 1288 todos ellos CC, conforme al cual se ha de acoger la interpretación más favorable al asegurado, ya que la oscuridad es imputable a la empresa aseguradora, en cuanto que es tal entidad, como contratante, la que impone unilateralmente y de forma predeterminada el contrato, de ahí las cautelas adoptadas por la LCS, cuyo art. 3.1 exige que «las condiciones generales y particulares se redactarán de forma clara y precisa, se destacaran de modo especial las cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados, que deberán ser específicamente aceptadas por escrito».

Veamos brevemente los principios de interpretación aceptados por la jurisprudencia:

a) El principio "**contra stipulatorem**".

Este principio hace cargar con el perjuicio de la oscuridad a quien la ha causado (art. 1.288 del C.c.). Ha sido sobradamente recogido por la jurisprudencia, así como por las leyes especiales para la protección de los consumidores y usuarios.

Siendo el contrato de seguro un contrato de adhesión, la jurisprudencia viene admitiendo a los Tribunales un poder excepcional en el plano interpretativo, afirmando que las **cláusulas oscuras**, imprecisas o contradictorias no pueden, de ninguna manera, favorecer a la parte que hubiera ocasionado la oscuridad (art. 1282 CC).

Hoy por hoy este principio parece incuestionable. La clave está, sin duda, en la apreciación o no en cada caso concreto por parte del juzgador del carácter de "cláusula oscura".

b) El principio "**favor debitoris**".

Sobre este principio PEREZ-SERRABONA ha concluido que "dado que en numerosos contratos, como el de seguro, la posición de deudor es adoptada, en la mayor parte de las ocasiones, por la empresa organizada, por lo que el principio debe atemperarse e interpretarse restrictivamente, toda vez que, además, la Ley General de la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 1.984 ha excluido su aplicación a ese sector." ("El contrato de seguro, interpretación de las condiciones generales. Ed. Comares, 1.993, pág. 332).

e) El principio "**pro consumptore**".

Este principio general pretende proteger al consumidor en caso de duda a la hora de interpretar y aplicar lo convenido entre las partes que intervienen en la relación contractual de aseguramiento.

En los supuestos de duda en materia de interpretación de las pólizas de seguros ha de estarse a la interpretación más favorable para el asegurado. Después de la entrada en vigor de la LCS, los Tribunales han seguido manteniendo tal criterio, que ha llegado a constituir jurisprudencia constante. En la base a este planteamiento se encuentra sin duda el hecho de que el contrato de seguro forma parte de la categoría de los contratos de adhesión, lo que justifica –como vimos anteriormente– el recurso constante al art. 1288 CC. Partiendo de esta argumentación, se afirma que la interpretación del contrato debe favorecer al asegurado, que el contrato de seguro ha de ser objeto de amplia interpretación y que, por consiguiente, no pueden interpretarse las cláusulas dudosas en favor del contratante «creador» del contrato.

Las dudas que puedan surgir en la interpretación de las relaciones asegurativas deben ser resueltas aplicando el principio "**in dubio pro asegurado**" (S.T. S. 18 de julio de 1.988).

7.3.-Cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados.-

La LCS toma posición frente a las cláusulas limitativas, ya figuren en las condiciones generales ya en las particulares, señalando el art. 3 de dicho texto legal que "**las condiciones generales y las particulares se redactarán de forma clara y precisa. Se destacarán de modo especial las cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados, que deberán ser específicamente aceptadas por escrito**"; se trata por tanto de normas imperativas de ius cogens, que no pueden ser eludidas por el asegurador en perjuicio del asegurado

En consecuencia, 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, 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 y éste las acepte y las suscriba, finalmente.

Conforme a las normas generales sobre interpretación de los negocios jurídicos, cualquiera que sea la generalidad de los términos de un contrato no deberán entenderse comprendidas en él cosas distintas y casos diferentes de aquellos sobre los que los interesados se propusieron al contratar (art. 1283 CC), máxime tratándose de una cláusula limitativa de derechos inserta en un contrato de seguro, cuyas dudas interpretativas han de solventarse en todo caso a favor del asegurado, de conformidad con lo prevenido en el art. 1288 CC, de primordial aplicación en los contratos de adhesión, de los que el seguro es ejemplo típico.¹

¹ Se observa en los últimos años una evolución marcadamente protectora de los consumidores y usuarios en el Derecho comparado, a la que no es ajena nuestro ordenamiento jurídico, prestando especial atención a su tutela como parte débil de la relación contractual, y abriéndose camino de esta forma el principio pro consumptore. Desde esta óptica, el art. 3 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, instaura una protección de los asegurados, al prohibir expresamente las cláusulas que tuvieren carácter lesivo para los mismos, lo que marca la pauta en el régimen de control de las condiciones generales. No obstante, es preciso advertir que la Ley permite, aunque con unos requisitos especiales, que existan cláusulas limitativas, puesto que limitativa y lesiva no son obviamente sinónimos, y su distinción tiene trascendencia en cuanto que las cláusulas limitativas son válidas cuando el asegurado (como contratante «débil») presta su consentimiento, mientras que las cláusulas lesivas son inválidas siempre. Las cláusulas limitativas han de referirse, como expone Sánchez Calero, al ámbito que deja el derecho dispositivo a la autonomía de la voluntad. A estos efectos, un problema de especial relevancia que se plantea en este punto es el de conocer si han de considerarse como cláusulas limitativas de los derechos del asegurado las cláusulas contractuales que delimitan el riesgo asegurado, por cuanto la prestación del asegurador depende de la delimitación del riesgo, que, a su vez, constituye la base para calcular la prima a abonar por el asegurado, esto es, su contraprestación. Señala Sánchez Calero (2) que, en línea de principio, «puede afirmarse que una cosa es una cláusula limitativa de los derechos del asegurado y otra la que delimita o configura esos derechos, como puede ser la determinación del riesgo, que tiene un régimen específico». Esta distinción se oscurece si se piensa que efectivamente las cláusulas que delimitan el riesgo constituyen de hecho una limitación de los derechos del asegurado. La jurisprudencia francesa exige, como manifiesta Chapuisat, para las exclusiones de la garantía del asegurador, su carácter limitado y concreto, formal y no ambiguo. Con todo, tal como apunta Sánchez Calero, y especialmente cuando se trata de cláusulas que limitan de modo no frecuente o usual el riesgo, podrán ser asimiladas, a estos simples efectos, a las cláusulas limitativas de los derechos del asegurado, por lo que es aconsejable que los aseguradores destaquen tanto unas como otras.

Este amparo se ve notoriamente fortalecido cuando se trata de abordar la situación de terceros perjudicados, haciendo inmune su acción directa frente al asegurador, para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar el daño o perjuicio causado por el asegurado, sin que puedan oponerse las excepciones que correspondan al asegurador frente al asegurado (art. 76 de la mentada Ley). En cualquier caso, hay que tener bien presente el contenido del contrato de seguro, pues como destaca la sentencia de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo, de 9 de febrero de 1994, de la que fue Ponente el Sr. Fernández-Cid de Temes, en su fundamento de Derecho tercero, «el clausulado aceptado por la tomadora del seguro no limita los derechos de la asegurada, sino que delimita el riesgo asumido en el contrato, su contenido, el ámbito al que el mismo se extiende, de manera que no constituye excepción que el asegurador pueda oponer al asegurado, sino que, por constituir el objeto contractual, excluye la acción, que no ha nacido, del asegurado y, por ende, la acción directa, pues el perjudicado no puede alegar un derecho al margen del propio contrato, según se establece en el art. 73 de la Ley de Contrato de Seguro, y por eso el art. 76 in fine obliga al asegurado, a los efectos del ejercicio de la acción directa, a manifestar al tercero perjudicado o a sus herederos la existencia del contrato de seguro y su contenido, para que, a su vista, puedan conocer cómo se ha delimitado el riesgo cubierto».

En la misma línea, la sentencia de la Sala 2.ª del Tribunal Supremo, de 21 de septiembre de 1987, de la que fue Ponente el Sr. Soto Nieto, señala, en su fundamento de Derecho tercero, que «si el art. 76 de la Ley de Contrato de Seguro habla de la inoponibilidad al perjudicado de las excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado, ello hay que referirlo a las excepciones personales que el primero alberga contra el segundo, no a aquellas eminentemente objetivas emanantes de la Ley o de la voluntad paccionada de las partes, afectando las situaciones oñctivas a la realización de la cobertura. Según el art. 1 de la antedicha Ley, el asegurador se obliga, en las condiciones que se definen, a indemnizar dentro de los límites pactados, el daño producido; precisando el art. 73 que el asegurador queda obligado dentro de los límites establecidos en la Ley y en el contrato, lo que, a la vez que indicador del techo cuantitativo de la obligación, se traduce en que las obligaciones del asegurador no han de ir más

Uno de los problemas más importantes en relación con las cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados consiste en determinar cuando estamos ante una delimitación del riesgo asegurado y cuando ante una simple cláusula limitativa de sus derechos. Ello adquiere una especial trascendencia en el seguro de responsabilidad civil, en la medida en que la cláusula en cuestión pudiera ser o no objeto de oposición por parte del asegurador frente al tercero perjudicado.

En el contrato de seguro de responsabilidad civil entran en juego, no sólo el interés de los contratantes, sino también el del tercero perjudicado por el siniestro en obtener realmente la reparación del daño, y aunque es evidente que la póliza es fuente del derecho del asegurado y del tercero frente al asegurador, a la par que a éste permite y legítima para hacer valer ante ambos los límites y condicionantes que en ella se establezcan - artículos. 1, 73 y 76 LCS -, no es menos cierto que en atención a las específicas connotaciones de este contrato y a su profunda significación social, las exclusiones a la efectividad del contrato han de merecer un tratamiento especial, sin que las mismas puedan tener un carácter lesivo para los asegurados, debiendo estar incluidas en la proposición del seguro, si lo hubiera, y necesariamente en la póliza o documento complementario suscrito por el asegurado, debiendo ser aceptadas, dichas cláusulas limitativas, específicamente por escrito, y de no cumplirse tales exigencias, el pacto limitativo ha de tenerse por no puesto para que así el contrato conserve su efectividad en el resto de su contenido, no afectado por esa nulidad parcial ²

ella de los supuestos prestacionales concebidos, ni entrar en juego en aquellos otros en los que, convencionalmente, se haya excluido todo deber atencional por parte del asegurador».

En idéntico sentido se manifiesta la sentencia de esa misma Sala del Tribunal Supremo, de 27 de marzo de 1989, de la que fue Ponente el Sr. Ruiz Vadillo, al declarar, en su fundamento de Derecho segundo, que «tratándose de un seguro voluntario es evidente que la Compañía Aseguradora podía oponer, como opuso, las correspondientes excepciones al tercero y entre ellas, obviamente, aquellas que derivan de las exclusiones pactadas en relación con la cobertura del contrato, que es en principio la ley que gobierna la relación contractual, inserta a su vez en el mundo del Derecho privado. Ni el art. 76 de la Ley de Contrato de Seguro ni ninguna otra norma han hecho perder al contrato de seguro voluntario de responsabilidad civil su carácter privado, por lo que los límites de la obligación del asegurador, siempre que hayan sido contractualmente aceptados en la forma prevista en la Ley, de acuerdo con la interpretación dada al art. 3 de la misma por la jurisprudencia constante y muy reiterada de la Sala, no sólo tendrán entre las partes la fuerza constitutiva que reconocen los artículos 1091, 1255 y 1256 del Código Civil, sino que alcanzarán al tercero que ponga en ejercicio la acción directa contra el asegurador».

El art. 10.1 e) de la Ley 26/1984 de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, exige buena fe y justo equilibrio de las contraprestaciones, excluyendo las cláusulas abusivas: «entendiendo por tales las que perjudiquen de manera desproporcionada o no equitativa al consumidor, o comporten en el contrato una posición de desequilibrio entre los derechos y las obligaciones de las partes en perjuicio de los consumidores o usuarios, siendo nulas de pleno derecho las cláusulas, condiciones o estipulaciones que incumplan tales requisitos».

A mayor abundamiento, la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (DOCE, núm. L 95/29, de 21 de abril de 1993), considera que, con arreglo al principio establecido en los dos programas comunitarios de política de protección e información de los consumidores, los adquirentes de bienes y servicios deben estar protegidos contra el abuso de poder del vendedor o del prestador de servicios, en especial contra los contratos de adhesión y la exclusión abusiva de derechos esenciales en los contratos, determinando en su art. 3 que las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato, considerando que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión.

² TS, 2º SS 18 Feb., 23 Abr. y 22 Nov. 1982, 28 Jun. y 14 Nov. 1983, 18 Sep. 1986 y 10 Jul. 1989.

¿El asegurador puede oponer al perjudicado la excepción de falta de cobertura de la póliza de responsabilidad civil, existiendo una cláusula de delimitación temporal de la que se desprenda la falta garantía en aplicación de dicha cláusula ?

La respuesta necesariamente debe ser positiva, naturalmente, siempre y cuando la cláusula esté redactada y aceptada conforme a las exigencias del nuevo artículo 73 de la LCS en relación con el artículo 3 del citado cuerpo legal, pues es de sobra conocido que los órganos jurisdiccionales hasta la fecha han sido extraordinariamente cautelosos a la hora de requerir los elementos del referido artículo³.

De hecho la doctrina viene admitiendo de forma casi unánime que la cláusula de ámbito temporal es un pacto principalísimo dentro de la póliza de seguro de responsabilidad civil, cuya trascendencia resulta a todas luces incuestionable, especialmente en los llamados riesgos de responsabilidad civil profesional.

SOTO NIETO afirma que "todo contrato de seguro de responsabilidad civil tiene un periodo de vigencia, comienza su operatividad a partir de un momento determinado y una vez llegado a su término, tras las prórrogas, que, en su caso, le sean propias, deja, en principio, de surtir efectos. El contravalor de la cobertura ofrecida por el asegurador, el abono de la prima, deja de obligar al asegurado. Cualquier siniestro acaecido con posterioridad que pueda comportar responsabilidad del ex-asegurado habrá de resultar indiferente a la Compañía aseguradora. Parece, que en lo sucesivo, asegurador y asegurado seguirán cada uno su camino, sin surgimiento de cuestiones que les fuercen a reavivar sus relaciones. Ello será lo normal. Pero no puede descartarse lo contrario en supuestos excepcionales en que tras darse el convenio de seguro por finiquitado, se detecte una secuencialidad perjudicial del siniestro antes exteriorizada en absoluto, o manifestada con unos caracteres que distan de su auténtica dimensión patentizada tras un periodo de tiempo"⁴

El art. 76 de la LCS tiene en cuenta, además de los intereses de los contratantes, el del propio perjudicado para obtener la reparación del perjuicio sufrido por el accidente, recogiendo la doctrina del Tribunal Supremo de que es inadmisibles que las compañías aseguradoras carecieran de legitimación activa y pasiva en el proceso por razón de un seguro voluntario, a la vista de lo cual ha de sostenerse:

- a) Que tiene acción directa el perjudicado contra la compañía aseguradora, si se trata de seguro voluntario, debiendo entonces plasmarse procesalmente la legitimación

³ "Las condiciones generales, que en ningún caso podrán ser de carácter lesivo para los asegurados, habrán de incluirse por el asegurador en la proposición del seguro si la hubiere y necesariamente en la póliza de contrato o en un documento complementario, que se suscribirá por el asegurado y al que se entregará copia del mismo. Las condiciones generales y particulares se redactarán de forma clara y precisa. Se destacarán de modo especial las cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados, que deberán ser específicamente aceptadas por escrito. Las condiciones generales del contrato estarán sometidas a la vigilancia de la Administración Pública en los términos previstos en la Ley.

Declarada por el Tribunal Supremo la nulidad de alguna de las cláusulas de las condiciones generales de un contrato, la Administración Pública competente obligará a los aseguradores a modificar las cláusulas idénticas contenidas en sus pólizas"

⁴ SOTO NIETO "El seguro de responsabilidad civil y la Jurisprudencia del Tribunal Supremo", en Documento nº 152 de ICEA, Madrid enero de 1.993 Jornada del seguro de responsabilidad civil general. El seguro de responsabilidad civil ante un futuro incierto, página 25.

- pasiva de la compañía, si se quiere incluso en el proceso penal, para ser oída y poder ejercitar el derecho de defensa.
- b) Que hay, pues, una especie de corresponsabilidad solidaria y pasiva entre el tomador del seguro y la compañía con respecto a la víctima o perjudicado.
 - c) Que la acción directa es inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado. No obstante, la inoponibilidad al perjudicado de las excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado, hay que referirla a las excepciones personales que el primero albergue contra el segundo, no a aquéllas eminentemente objetivas emanantes de la Ley o de la voluntad paccionada de las partes, afectando las situaciones objetivas a la realización de la cobertura.
 - d) Que en consecuencia se consolida una especie de transferencia de la titularidad en la acción o los derechos a ejercitar o a hacer valer, del asegurado a la víctima, en sus propios límites cuantitativos, y ello desde que se consuma el siniestro que da lugar a la indemnización.⁵

La acción directa que emana del artículo. 76 de la LCS tiene su fundamento y límite en el contrato mismo del que dicha acción dimana, por lo que su contenido, si bien es fuente del derecho del asegurado y del perjudicado frente al asegurador, por otro lado permite a éste hacer valer ante ambos aquel contenido limitado⁶

La doctrina científica más autorizada entiende que deberán ser oponibles por el asegurador al perjudicado las excepciones que limiten objetivamente los riesgos a cubrir por el contrato; y en este mismo sentido la jurisprudencia tiene declarado que la acción directa que emana del artículo. 76 tiene su fundamento y su límite en el contrato mismo del que dicha acción dimana, porque su contenido, si bien es fuente de derecho del asegurado y del perjudicado frente al asegurador, por otro lado permite hacer valer a éste ante ambos aquel contenido limitador. En consecuencia, el clausulado aceptado por la tomadora del seguro no limita los derechos de la asegurada, sino que delimita el riesgo asumido en el contrato, su contenido, el ámbito al que el mismo se extiende, de manera que no constituye excepción que el asegurador pueda oponer al asegurado, sino que, por constituir el objeto contractual, excluye la acción, que no ha nacido, del asegurado y, por ende, la acción directa, pues el perjudicado no puede alegar un derecho al margen del propio contrato, según se establece en el art. 73 LCS -el asegurador se obliga dentro de los límites establecidos en la ley y en el contrato a cubrir el riesgo por un hecho previsto en el mismo-, y por eso el artículo. 76 in fine de la LCS obliga al asegurado, a los efectos del ejercicio de la acción directa, a manifestar al tercero perjudicado o a sus herederos la existencia del contrato de seguro y su contenido, para que, a su vista, puedan conocer cómo se ha delimitado el riesgo cubierto.⁷

⁵ TS 2.º S 4 Feb. 1984 y TS 2.º S 8 Feb 1991.

⁶ TS 1.º SS 26 Oct. 1984, 22 Abr. 1986 y 25 May. 1988

⁷ TS 1.º SS 26 Oct. 1984, 22 Abr. 1986, 24 Mar. 1988, 4 y 26 May. 1989 y 10 Jun. 1991

Téngase en cuenta también las siguientes Sentencias que se pronuncian en el mismo sentido de la posibilidad de oponer al perjudicado aspectos que afectan a la delimitación del riesgo asegurado:

No obstante la creación del art. 76 LCS, en que se declara la inmunidad de la acción directa del perjudicado y sus herederos contra el asegurador, respecto a las excepciones que puedan corresponder al asegurado frente al asegurador, no significa tal inmunidad que el contrato de seguro voluntario de responsabilidad civil de automóviles haya perdido su carácter privado, por lo que los límites de la obligación del asegurador, siempre que hayan sido contractualmente aceptados en la forma prevista en el art. 3 de la Ley, no sólo tendrán entre las partes la fuerza constitutiva que se reconoce en los arts. 1091, 1255 y 1256 CC, sino que alcanzarán al tercero que ponga en ejercicio la acción directa contra el asegurador.

(TS 2.ª S 3 May. 1988.-Ponente: Sr. Monter Muñoz) Archivo LA LEY, 1988, 2-1618.

Tratándose en el caso de un seguro voluntario de automóviles, si el art. 76 LCS habla de la inoponibilidad al perjudicado de las excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado, ello hay que referirlo a las excepciones personales que el primero alberga contra el segundo, no a aquéllas eminentemente objetivas emanantes de la Ley o de la voluntad paccionada de las partes, afectando las situaciones objetivas a la realización de la cobertura.

(TS 2.ª S 10 May. 1988.-Ponente: Sr. Soto Nieto) LA LEY, 1988-3, 328

La jurisprudencia ha resaltado la naturaleza eminentemente contractual que tiene el seguro voluntario de riesgos de la circulación, también denominado seguro de responsabilidad civil de daños a terceros, y la posibilidad que tiene el asegurador de oponer, a la acción directa ejercitada por el ofendido o el perjudicado, cuantas excepciones no sean exclusivamente personales del asegurado, teniéndose que estar a lo dispuesto en los arts. 73 y 76 LCS, así como a los preceptos concordantes del CC, agregándose que es lícito, y oponible al tercero ofendido o perjudicado, la estipulación de cláusulas de exoneración o limitación de la responsabilidad del asegurador respecto a concretos y específicos riesgos, siempre y cuando, en primer lugar, dichas cláusulas se resalten en las póliza o en sus complementos se den a conocer al asegurado, éste las acepte y, finalmente, las suscriba (Cfr. TS SS 16 Feb. 1987 y 15 Abr. 1988).

(TS 2.ª S 14 May. 1988.-Ponente: Sr. Vivas Marzál) Archivo LA LEY, 1988, 2-1686.

La acción directa contra el asegurador se fundamenta, ya sea por la existencia de un vínculo de solidaridad entre el asegurado y el asegurador frente a la víctima del accidente, ya sea como consecuencia de la obligación subsidiaria contratada por la compañía con respecto a la causante del siniestro; más, en cualquier caso, tratándose de un seguro voluntario de responsabilidad civil, es evidente que la compañía aseguradora puede oponer al tercero las excepciones o alegaciones que estime oportunas para hacer frente a esa acción directa que por la vía penal se hace valer en su contra; entre aquellas, obviamente, están las que se derivan de las exclusiones pactadas en relación con la cobertura del contrato, que es en principio la norma fundamental que rige la relación contractual, en tanto que el art. 76 LCS no ha hecho perder al contrato de seguro voluntario de responsabilidad civil su carácter privado, con todo lo que esto implica, siempre que sus cláusulas hayan sido aceptadas en legal formal.

(TS 2.ª S 8 Feb. 1991.-Ponente: Sr. De Vega Ruiz) LA LEY, 1991-2, 540.

No obstante lo que pudiera deducirse de una primera lectura del art. 76 LCS, en el que se declara la inmunidad de la acción directa del perjudicado o de sus herederos contra el asegurador frente a las excepciones que puedan corresponder al asegurador frente al asegurado, no significa tal inmunidad el que el contrato de seguro voluntario de responsabilidad civil haya perdido su carácter privado, por lo que los límites de la obligación del asegurador, siempre que hayan sido contractualmente aceptados en la forma prevista en el art. 3 LCS, no sólo tendrán interpartes la fuerza constitutiva que les reconocen los arts. 1091, 1255 y 1256 CC, sino que alcanzarán al tercero que ponga en ejercicio la acción directa contra el asegurador (Cfr. TS 2.ª SS 18 Sep. 1986 y 21 Sep. y 30 Dic. 1987).

(TS 2.ª S 31 May. 1988.-Ponente: Sr. Montero Fernández-Cid) LA LEY, 1988-3, 723 (10732-R).

La más reciente jurisprudencia ha entendido, en principio, y con algunas matizaciones, que la inoponibilidad al perjudicado de las excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado (art. 76 LCS) ha de referirse a las excepciones personales que el primero alberga contra el segundo, y no a aquellas eminentemente objetivas emanadas de la ley o de la voluntad paccionada de las partes, pero tampoco es indiscriminada y automática la admisión de unas cláusulas objetivas, ya que la exclusión de la cobertura del riesgo frente al tercero perjudicado sólo podrá ser efectiva cuando la excepción objetiva contemplada en la póliza tenga una relación directa o sea un factor determinante del evento dañoso, y no en cualquier otro caso, con lo que resultan perfectamente garantizados los derechos del tercero que sufrió el daño, sin desconocer los límites del pacto contractual (Cfr. TS 1.ª S 13 May. 1986 y TS 2.ª SS 18 Sep. 1986 y 7 May. 1987).

(TS 1.ª S 29 Nov. 1991.-Ponente: Sr. Burgos Pérez de Andrade) LA LEY, 1992-I, 573

El artículo. 76 de la LCS no implica la negación de la naturaleza contractual del seguro voluntario de responsabilidad civil, sino, precisamente, partir de aquélla. Ahora bien, tal y como vimos anteriormente, al tratarse de un contrato de los llamados de adhesión, ha de tenerse siempre en cuenta, como norma genérica, la contenida en el artículo 3 de la LCS, que dispone que las estipulaciones, cláusulas y condiciones generales, en cuanto establezcan cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados, deberán ser específicamente aceptadas por escrito, y no pueden por menos que reputarse como cláusulas limitativas las que excluyen el riesgo de la compañía aseguradora, pues ello repercute en el derecho del asegurado: como consecuencia de ellos, ya se plasmen en la póliza del contrato de seguro, ya en un documento complementario, sólo lo cubierto con la suscripción manifestada por la firma se puede estimar como fuente obligatoria derivada de la autonomía de la voluntad.

II.- INCIDENCIA DE LA LEY 13-4-1998, NÚM. 7/1998 DE CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN EN LOS CONTRATOS DE SEGURO.-

La Ley de condiciones generales de contratación tiene por objeto --según indica el preámbulo de su exposición de motivos-- la transposición de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, así como la regulación de las condiciones generales de la contratación, y se dicta en virtud de los títulos competenciales que la Constitución Española atribuye en exclusiva al Estado en el artículo 149.1.6.^ª y 8.^ª, por afectar a la legislación mercantil y civil.

Se ha optado por llevar a cabo la incorporación de la Directiva citada mediante una Ley de Condiciones Generales de la Contratación, que al mismo tiempo, a través de su disposición adicional primera, modifique el marco jurídico preexistente de protección al consumidor, constituido por la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

La protección de la igualdad de los contratantes es presupuesto necesario de la justicia de los contenidos contractuales y constituye uno de los imperativos de la política jurídica en el ámbito de la actividad económica. Por ello la Ley pretende proteger los legítimos intereses de los consumidores y usuarios, pero también de cualquiera que contrate con una persona que utilice condiciones generales en su actividad contractual.

Se pretende así distinguir lo que son cláusulas abusivas de lo que son condiciones generales de la contratación.

La doctrina científica, al interpretar el art. 76 LCS, viene manteniendo que, no obstante el mandato que en él se contiene «la acción directa es inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado», deberán ser oponibles por el asegurador al perjudicado las excepciones que limiten objetivamente los riesgos a cubrir por el contrato, y en el mismo sentido, la jurisprudencia tiene sentado que la acción directa que emana del art. 76 LCS tiene su fundamento y su límite en el contrato mismo del que dicha acción dimana, porque su contenido, si bien es fuente de derecho del asegurado y del perjudicado frente al asegurador, por otro lado permite hacer valer a éste ante ambos aquel contenido limitador (Cfr. TS SS 24 Mar. 1988 y 4 y 26 May. 1989)

(TS 1.º S 13 May. 1992. Ponente: Sr. Martínez Calatrada) LA LEY. 1992-3. 591

Una cláusula es condición general cuando está predispuesta e incorporada a una pluralidad de contratos exclusivamente por una de las partes, y no tiene por qué ser abusiva. Cláusula abusiva es la que en contra de las exigencias de la buena fe causa en detrimento del consumidor un desequilibrio importante e injustificado de las obligaciones contractuales y puede tener o no el carácter de condición general, ya que también puede darse en contratos particulares cuando no existe negociación individual de sus cláusulas, esto es, en contratos de adhesión particulares.

Las condiciones generales de la contratación se pueden dar tanto en las relaciones de profesionales entre sí como de éstos con los consumidores. En uno y otro caso, se exige que las condiciones generales formen parte del contrato, sean conocidas o -en ciertos casos de contratación no escrita- exista posibilidad real de ser conocidas, y que se redacten de forma transparente, con claridad, concreción y sencillez. Pero, además, se exige, cuando se contrata con un consumidor, que no sean abusivas.

El concepto de cláusula contractual abusiva tiene así su ámbito propio en la relación con los consumidores. Y puede darse tanto en condiciones generales como en cláusulas predispuestas para un contrato particular al que el consumidor se limita a adherirse. Es decir, siempre que no ha existido negociación individual.

Esto no quiere decir que en las condiciones generales entre profesionales no pueda existir abuso de una posición dominante. Pero tal concepto se sujetará a las normas generales de nulidad contractual. Es decir, nada impide que también judicialmente pueda declararse la nulidad de una condición general que sea abusiva cuando sea contraria a la buena fe y cause un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes, incluso aunque se trate de contratos entre profesionales o empresarios. Pero habrá de tener en cuenta en cada caso las características específicas de la contratación entre empresas.

En este sentido, sólo cuando exista un consumidor frente a un profesional es cuando operan plenamente la lista de cláusulas contractuales abusivas recogidas en la Ley, en concreto en la disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, que ahora se introduce. De conformidad con la Directiva transpuesta, el consumidor protegido será no sólo el destinatario final de los bienes y servicios objeto del contrato, sino cualquier persona que actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional.

En el artículo 10 bis y en la disposición adicional primera de la misma Ley, que lo desarrolla, se han recogido las cláusulas declaradas nulas por la Directiva y además las que con arreglo a nuestro Derecho se han considerado claramente abusivas.⁸

⁸ «Disposición adicional primera. Cláusulas abusivas.

A los efectos previstos en el artículo 10 bis, tendrán el carácter de abusivas al menos las cláusulas o estipulaciones siguientes:

1. Vinculación del contrato a la voluntad del profesional.

1.1. Las cláusulas que reserven al profesional que contrata con el consumidor un plazo excesivamente largo o insuficientemente determinado para aceptar o rechazar una oferta contractual o satisfacer la prestación debida, así

como las que prevean la prórroga automática de un contrato de duración determinada si el consumidor no se manifiesta en contra, fijando una fecha límite que no permita de manera efectiva al consumidor manifestar su voluntad de no prorrogarlo.

2. La reserva a favor del profesional de facultades de interpretación o modificación unilateral del contrato sin motivos válidos especificados en el mismo, así como la de resolver anticipadamente un contrato con plazo determinado si al consumidor no se le reconoce la misma facultad o la de resolver en un plazo desproporcionadamente breve o sin previa notificación con antelación razonable un contrato por tiempo indefinido, salvo por incumplimiento del contrato o por motivos graves que alteren las circunstancias que motivaron la celebración del mismo.

En los contratos referidos a servicios financieros lo establecido en el párrafo anterior se entenderá sin perjuicio de las cláusulas por las que el prestador de servicios se reserve la facultad de modificar sin previo aviso el tipo de interés acordado por el consumidor o al consumidor, así como el importe de otros gastos relacionados con los servicios financieros, cuando aquellos se encuentren adaptados a un índice, siempre que se trate de índices legales y se describa el modo de variación del tipo, o en otros casos de razón válida, a condición de que el profesional esté obligado a informar de ello en el más breve plazo a los otros contratantes y éstos puedan resolver inmediatamente el contrato. Igualmente podrán modificarse unilateralmente las condiciones de un contrato de duración indeterminada, siempre que el prestador de servicios financieros esté obligado a informar al consumidor con antelación razonable y éste tenga la facultad de resolver el contrato, o, en su caso, rescindir unilateralmente, sin previo aviso, en el supuesto de razón válida, a condición de que el profesional informe de ello inmediatamente a los demás contratantes.

3. La vinculación incondicionada del consumidor al contrato aun cuando el profesional no hubiera cumplido con sus obligaciones, o la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta, al consumidor que no cumpla sus obligaciones.

4. La supeditación a una condición cuya realización dependa únicamente de la voluntad del profesional para el cumplimiento de las prestaciones, cuando al consumidor se le haya exigido un compromiso firme.

5. La consignación de fechas de entrega meramente indicativas condicionadas a la voluntad del profesional.

6. La exclusión o limitación de la obligación del profesional de respetar los acuerdos o compromisos adquiridos por sus mandatarios o representantes o supeditar sus compromisos al cumplimiento de determinadas formalidades.

7. La estipulación del precio en el momento de la entrega del bien o servicio, o la facultad del profesional para aumentar el precio final sobre el convenido, sin que en ambos casos existan razones objetivas o sin reconocer al consumidor el derecho a rescindir el contrato si el precio final resultare muy superior al inicialmente estipulado.

Lo establecido en el párrafo anterior se entenderá sin perjuicio de la adaptación de precios a un índice, siempre que sean legales y que en ellos se describa explícitamente el modo de variación del precio.

8. La concesión al profesional del derecho a determinar si el bien o servicio se ajusta a lo estipulado en el contrato.

II. Privación de derechos básicos del consumidor.

9. La exclusión o limitación de forma inadecuada de los derechos legales del consumidor por incumplimiento total o parcial o cumplimiento defectuoso del profesional.

En particular las cláusulas que modifiquen, en perjuicio del consumidor, las normas legales sobre vicios ocultos, salvo que se limiten a reemplazar la obligación de saneamiento por la de reparación o sustitución de la cosa objeto del contrato, siempre que no conlleve dicha reparación o sustitución gasto alguno para el consumidor y no excluyan o limiten los derechos de éste a la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados por los vicios y al saneamiento conforme a las normas legales en el caso de que la reparación o sustitución no fueran posibles o resultasen insatisfactorias.

10. La exclusión o limitación de responsabilidad del profesional en el cumplimiento del contrato, por los daños o por la muerte o lesiones causados al consumidor debidos a una acción u omisión por parte de aquél, o la liberación de responsabilidad por cesión del contrato a tercero, sin consentimiento del deudor, si puede engendrar merma de las garantías de éste.

11. La privación o restricción al consumidor de las facultades de compensación de créditos, así como de la de retención o consignación.

12. La limitación o exclusión de forma inadecuada de la facultad del consumidor de resolver el contrato por incumplimiento del profesional.

13. La imposición de renuncias a la entrega de documento acreditativo de la operación.

14. La imposición de renuncias o limitación de los derechos del consumidor.

III. Falta de reciprocidad.

15. La imposición de obligaciones al consumidor para el cumplimiento de todos sus deberes y contraprestaciones, aun cuando el profesional no hubiere cumplido los suyos.

16. La retención de cantidades abonadas por el consumidor por renuncia, sin contemplar la indemnización por una cantidad equivalente si renuncia el profesional.

17. La autorización al profesional para rescindir el contrato discrecionalmente, si al consumidor no se le reconoce la misma facultad, o la posibilidad de que aquél se quede con las cantidades abonadas en concepto de prestaciones aun no efectuadas cuando sea el mismo quien rescinda el contrato.

IV. Sobre garantías.

18. La imposición de garantías desproporcionadas al riesgo asumido. Se presumirá que no existe desproporción en los contratos de financiación o de garantías pactadas por entidades financieras que se ajusten a su normativa específica.

1.- Concepto legal de condiciones generales de contratación.

La Ley define las condiciones generales de la contratación como aquellas cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos (art. 1.1).

El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una o varias cláusulas aisladas se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de esta Ley al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata de un contrato de adhesión (art. 1.2).⁹

19. La imposición de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor en los casos en que debería corresponder a la otra parte contratante.

V. Otras.

20. 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 contrato.

21. La transmisión al consumidor de las consecuencias económicas de errores administrativos o de gestión que no le sean imputables.

22. La imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley imperativa correspondan al profesional. En particular, en la primera venta de viviendas, la estipulación de que el comprador ha de cargar con los gastos derivados de la preparación de la titulación que por su naturaleza correspondan al vendedor (obra nueva, propiedad horizontal, hipotecas para financiar su construcción o su división y cancelación).

23. La imposición al consumidor de bienes y servicios complementarios o accesorios no solicitados.

24. Los incrementos de precio por servicios accesorios, financiación, aplazamientos, recargos, indemnización o penalizaciones que no correspondan a prestaciones adicionales susceptibles de ser aceptados o rechazados en cada caso expresados con la debida claridad o separación.

25. La negativa expresa al cumplimiento de las obligaciones o prestaciones propias del productor o suministrador, con reenvío automático a procedimientos administrativos o judiciales de reclamación.

26. La sumisión a arbitrajes distintos del de consumo, salvo que se trate de órganos de arbitraje institucionales creados por normas legales para un sector o un supuesto específico.

27. La previsión de pactos de sumisión expresa a Juez o Tribunal distinto del que corresponda al domicilio del consumidor, al lugar del cumplimiento de la obligación o aquel en que se encuentre el bien si fuera inmueble, así como los de renuncia o transacción respecto al derecho del consumidor a la elección de fedatario competente según la Ley para autorizar el documento público en que inicial o posteriormente haya de formalizarse el contrato.

28. La sumisión del contrato a un Derecho extranjero con respecto al lugar donde el consumidor emita su declaración negocial o donde el profesional desarrolle la actividad dirigida a la promoción de contratos de igual o similar naturaleza.

29. La imposición de condiciones de crédito que para los descubiertos en cuenta corriente superen los límites que se contienen en el artículo 19.4 de la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo.

Las cláusulas abusivas referidas a la modificación unilateral de los contratos y resolución anticipada de los de duración indefinida, y al incremento del precio de bienes y servicios, no se aplicarán a los contratos relativos a valores, con independencia de su forma de representación, instrumentos financieros y otros productos y servicios cuyo precio esté vinculado a una cotización, índice bursátil, o un tipo del mercado financiero que el profesional no controle, ni a los contratos de compraventa de divisas, cheques de viaje, o giros postales internacionales en divisas.

Se entenderá por profesional, a los efectos de esta disposición adicional, la persona física o jurídica que actúa dentro de su actividad profesional, ya sea pública o privada».

El concepto de condición general de la contratación está basado en la predisposición e incorporación unilateral de las mismas al contrato. En su formulación se han tenido en cuenta orientaciones jurisprudenciales anteriores, las aportaciones doctrinales sobre la materia y los criterios utilizados por el Derecho comparado.

2.- Ambito material de aplicación.-

Ley es de aplicación a los contratos que contengan condiciones generales celebrados entre un profesional -predisponente- y cualquier persona física o jurídica -adherente-.

A los efectos de la Ley se entiende por profesional a toda persona física o jurídica que actúe dentro del marco de su actividad profesional o empresarial, ya sea pública o privada.

El adherente podrá ser también un profesional, sin necesidad de que actúe en el marco de su actividad.(art.2)

Por el contrario, la Ley no es de aplicación a los contratos administrativos, a los contratos de trabajo, a los de constitución de sociedades, a los que regulan relaciones familiares y a los contratos sucesorios. Tampoco es de aplicación esta Ley a las condiciones generales que reflejen las disposiciones o los principios de los Convenios internacionales en que el Reino de España sea parte, ni las que vengán reguladas específicamente por una disposición legal o administrativa de carácter general y que sean de aplicación obligatoria para los contratantes.(art.4)

3.- Ambito territorial de aplicación.-

La Ley es aplicable a las cláusulas de condiciones generales que formen parte de contratos sujetos a la legislación española.

También se aplicará a los contratos sometidos a legislación extranjera cuando el adherente haya emitido su declaración negocial en territorio español y tenga en éste su residencia habitual, sin perjuicio de lo establecido en Tratados o Convenios internacionales.(art.3)¹⁰

¹⁰ En opinión de VICENTE MAGRO SERVET "el ámbito de aplicación del texto, esto es, la consideración de lo que debe entenderse por condición general para su inclusión en el ámbito de cobertura de la Ley, se circunscribe a las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea exclusivamente imputable a una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos o declaraciones jurídicamente relevantes (art. 1).

Del mismo modo, el texto legal viene a fijar, claramente, en el Capítulo I, art. 1.2, lo que ya ha sido objeto de comentario en el comienzo del presente trabajo, ya que establece que el hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de esta Ley al resto del contrato.

Ello confirma nuestro razonamiento acerca de la aplicabilidad exclusiva del texto a la actividad contractual no negociada individualmente, esto es, la referida a los denominados contratos de adhesión, tal y como critica Antonio Pinto, pero es que, además, si en un contrato tipo entre profesional y usuario se incluye una cláusula que ha sido negociada individualmente, el ámbito de aplicación de la Ley que estudiamos se verificará, tan sólo, con respecto al resto del contrato, pero no en relación a esa cláusula pactada individualmente entre las partes y que no se configura, en consecuencia, como una «cláusula predispuesta».

Por otro lado, para el supuesto de que el profesional afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, quizás con la finalidad de que no pueda ser considerada abusiva ex lege, si pudiera estar incluida en el listado incluido en la disp. adic. 1.ª del texto legal, la Ley obliga al profesional a probar la realidad de esta negociación individual, ya que, en todo caso, se considerará como una condición general predispuesta y que su incorporación al contrato ha sido imputable a una de las partes, en este caso al profesional. Este sistema de la carga probatoria viene a ser lógico, por cuanto sería muy fácil para el profesional alegar que aquellas cláusulas cuya nulidad se insta bajo la cobertura de esta Ley han sido pactadas individualmente para que no pueda el usuario apelar al contenido regulador de la Ley de las condiciones generales de la contratación, aunque siempre podría acudir al ámbito que le permiten los arts. 1300 y siguientes del Código Civil respecto a la nulidad de los contratos.

En cuanto al ámbito territorial, sigue la Ley el criterio de incluir no sólo los contratos que han sido celebrados bajo el imperio de la legislación española, sino que también incluye en su campo de aplicación aquellos contratos sobre los que, sometidos a la legislación extranjera, el adherente ha emitido su declaración negociada en territorio español y tenga en nuestro país su residencia o domicilio habitual, sin perjuicio de lo establecido en convenios o tratados internacionales. En consecuencia, para que pueda aplicarse el texto objeto de estudio a estos últimos contratos sometidos a la legislación extranjera deben darse dos requisitos conjuntamente y no en modo alternativo, es decir: a) emisión de la declaración en territorio español, y b) que el emitente tenga su domicilio habitual o residencia en nuestro país. Viene, pues, a aplicarse el Convenio sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales firmado en Roma el 19 de junio de 1980, y ratificado por Instrumento de 7 de mayo de 1993 (BOE de 19 de julio de 1993), arts. 3 y 5.2 del referido Convenio.

Notese, por otro lado, que la Ley, en alguno de sus párrafos, viene a remarcar esa aplicabilidad de la norma a los contratos de adhesión, excluyendo la contratación o negociación individual, tal y como venimos haciendo referencia, ya que, por ejemplo, en el art. 2 que ahora estudiamos (relativo al ámbito territorial de la Ley), en su párrafo segundo utiliza el término «adherente» para aludir a la parte que emite su declaración negociada en nuestro país en un contrato sometido a la legislación extranjera, prueba palpable de que se está refiriendo, siempre y exclusivamente, a los contratos de adhesión.

Por otro lado, las disposiciones contenidas en el texto no se aplicarán a los contratos administrativos, a los contratos de trabajo, a los de sociedad, a los que regulan relaciones familiares y a los contratos sucesorios, ni tampoco a las condiciones generales que reflejen las disposiciones o los principios de los convenios internacionales en que España sea parte, ni las que vengán reguladas específicamente por una disposición legal o administrativa de carácter general y que sean de aplicación obligatoria para los contratantes.

Esta exclusión legal en su ámbito de aplicación viene a ser una reproducción del art. 10 de la Directiva, debiendo entenderse que los supuestos de exclusión citados se refieren no sólo al ámbito de las condiciones generales, sino, también, al de las cláusulas abusivas regulados en la Ley 26/1984 que ahora se modifica por la disp. adic. 1.ª del presente texto legal. Pero es que, además, estos contratos tienen unas características y una materia específicas que hacen de la idea de la predisposición contractual que es la base sobre la que gira toda la temática relativa al contenido intrínseco de lo que debe entenderse por condición general de la contratación, como pueden ser los contratos administrativos, los de trabajo, los societarios, los que regulan las relaciones familiares o los sucesorios; ni tampoco puede aplicarse la Ley a las condiciones generales determinadas por Convenios Internacionales en los que España haya sido parte o por una disposición legal o administrativa de carácter general y obligatoria para los contratantes, por cuanto su razón de ser para obligar a su cumplimiento viene impuesta por circunstancias bien distintas de la que es objeto o disciplina de la Ley que ahora estudiamos y que se basa en las cláusulas predisuestas e imputables a una de las partes del contenido negociado, no por causas extrañas a esa voluntad contractual como ocurre en los supuestos citados anteriormente y excluidos del ámbito de aplicación de la Ley.

Dentro de este ámbito de aplicación del texto legal debemos también puntualizar que para que las condiciones generales pasen a formar parte del contrato es preciso que su incorporación al mismo haya sido aceptada por el adherente y firmadas por todos los contratantes, entendiéndose que no ha habido aceptación de estas condiciones generales por el adherente cuando la parte que las ha incluido en el contrato, denominado predisponente, no ha informado expresamente de su existencia y no le haya facilitado al adherente un ejemplar de las mismas.

Se plantean problemas, sin embargo, en dos puntos del art. 4 del texto que recoge los requisitos para la validez de la incorporación de las condiciones generales en los contratos, a saber:

a) En el punto 2, se plantea la posibilidad de los contratos que no deban celebrarse por escrito, lo que dificulta la teoría de las denominadas «cláusulas predisuestas» a las que, continuamente, nos estamos refiriendo, ya que establece que al entregar el predisponente un resguardo justificativo de la contraprestación recibida deberá, éste, «anunciar —reza literalmente el texto legal— las condiciones generales en un lugar visible dentro del sitio en que se celebra el contrato, que las inserte en la documentación del contrato que acompaña su celebración, o que de cualquier otra forma garantice al adherente una posibilidad efectiva de conocer su existencia y contenido en el momento de su celebración». Resulta obvio que surgirá problemas a la hora de verificar la existencia de estas condiciones generales en este tipo de contratos que no se formalicen por escrito; aun así, por aplicación de lo dispuesto en el art. 6 del texto que estudiamos, «las dudas en la interpretación de las condiciones generales de los contratos se resolverán a favor del adherente» como no podía ser de otra manera.

b) En el punto 4 se recoge la posibilidad de la inclusión de condiciones generales en los contratos telefónicos o electrónicos, aunque supeditado, claro está, al hecho de que conste, claramente, la aceptación de todas y cada una de las cláusulas del contrato, por lo que nos remitimos, de nuevo, en caso de duda, a las reglas de interpretación que señala el art. 6 citado, es decir, resolver en favor del adherente en caso de duda sobre la existencia o interpretación de una condición general, más aún en este tipo de contratos que no tienen un soporte físico. Además, siguiendo con las reglas de interpretación relativas a la existencia y contenido de las condiciones generales es preciso no olvidar que, en caso de duda o contradicción entre las condiciones generales y las específicamente previstas para un contrato concreto, prevalecerán éstas sobre aquéllas, salvo que las condiciones generales sean más beneficiosas para el adherente que las condiciones particulares. Notese que nos estamos refiriendo a unas condiciones-tipo que se redactan para una pluralidad de contratos, aunque puede darse el caso de que existan condiciones particulares firmadas por las partes que podrían, sin embargo, estar en contradicción o plantear duda al comparárlas con las condiciones generales redactadas para estos contratos.

Por último, hay que puntualizar que al exigirse que estas condiciones generales estén sometidas a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez, se van a entender no incluidas o incorporadas al contrato

4.- Consentimiento y aceptación de las condiciones.-

La Ley regula además los requisitos para que la incorporación de una cláusula general se considere ajustada a Derecho, determinando que:

1. Las condiciones generales pasarán a formar parte del contrato cuando se acepte por el adherente su incorporación al mismo y sea firmado por todos los contratantes. Todo contrato deberá hacer referencia a las condiciones generales incorporadas. No podrá entenderse que ha habido aceptación de la incorporación de las condiciones generales al contrato cuando el predisponente no haya informado expresamente al adherente acerca de su existencia y no le haya facilitado un ejemplar de las mismas.

2. Cuando el contrato no deba formalizarse por escrito y el predisponente entregue un resguardo justificativo de la contraprestación recibida, bastará con que el predisponente anuncie las condiciones generales en un lugar visible dentro del lugar en el que se celebra el negocio, que las inserte en la documentación del contrato que acompaña su celebración; o que, de cualquier otra forma, garantice al adherente una posibilidad efectiva de conocer su existencia y contenido en el momento de la celebración.

3. En los casos de contratación telefónica o electrónica será necesario que conste en los términos que reglamentariamente se establezcan la aceptación de todas y cada una de las cláusulas del contrato, sin necesidad de firma convencional. En este supuesto, se enviará inmediatamente al consumidor justificación escrita de la contratación efectuada, donde constarán todos los términos de la misma.

4. La redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez.

5.- Nulidad de las cláusulas generales. Acción declarativa de nulidad.-

El capítulo II de la Ley sanciona con nulidad las cláusulas generales no ajustadas a la Ley, determina la ineficacia por no incorporación de las cláusulas que no

a) Aquellas de las que no haya tenido oportunidad el adherente de tomar conocimiento real al tiempo de la celebración del contrato o cuando no hayan sido firmadas cuando sea necesario.

b) Las que sean ilegibles, ambiguas, incomprensibles u oscuras, salvo, en cuanto a estas últimas, que hubieren sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a la normativa específica que discipline en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato.

c) Las que de acuerdo con las circunstancias y, en especial, con la naturaleza del contrato, resulten tan insólitas que el adherente no hubiera podido contar razonablemente con su existencia.

Se inclina, pues, el legislador, con toda lógica, por seguir un sistema que beneficie al adherente en caso de que exista duda sobre el contenido o existencia de una condición general, por cuanto ha sido precisamente el predisponente el que ha incluido la condición general en el contrato y es a éste al que debe exigirse que en su redacción vigile por su claridad, concreción, transparencia y sencillez. Pero es que, además, se llega al extremo de considerar como cláusula no incorporada aquella que, aunque hubiere sido firmada y conocida, en consecuencia, por el adherente, resalte su contenido tan insólito que se presume que éste no ha podido contar con su existencia, lo que supone llevar el extremo protector del adherente hasta extremos como el incluido en este apartado, quizás configurado en beneficio de personas que, llevadas por su buena fe o ignorancia de lo que firman, pudieran resultar engañados en su vínculo comercial."

reúnan los requisitos exigidos en el capítulo anterior para que puedan entenderse incorporadas al contrato¹¹

Serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención.

En particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiendo por tales en todo caso las definidas en el artículo 10 bis y disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.(art. 8)¹²

¹¹ Esta nulidad -según la Exposición de Motivos-, al igual que la contravención de cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, podrá ser invocada, en su caso, por los contratantes conforme a las reglas generales de la nulidad contractual, sin que puedan confundirse tales acciones individuales con las acciones colectivas de cesación o retractación reconocidas con carácter general a las entidades o corporaciones legitimadas para ello en el capítulo IV y que tienen un breve plazo de prescripción.

¹² JAVIER PAGADOR LOPEZ (en la Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, n.º 4767, 5 de abril de 1999) ha estudiado este tema. "Por lo que concierne al error, conviene recordar en primer lugar, que en nuestro ordenamiento puede revestir dos modalidades, según afecte a la formación de la voluntad (error-vicio) o a su exteriorización mediante la correspondiente declaración (error obstativo); en el caso del primero, lo declarado se corresponde con lo querido, pero el proceso de formación de la voluntad adolece de un vicio o defecto; en el caso del segundo, la voluntad se forma correctamente, pero no se refleja de forma adecuada en la correspondiente declaración, es decir, se produce una discrepancia inconsciente entre lo querido y lo declarado. En nuestro Derecho positivo esta distinción tiene consecuencias prácticas inmediatas, porque el error-vicio da lugar, en su caso, a supuestos de anulabilidad o impugnabilidad por vicio del consentimiento (arts. 1265 y 1266 del Código Civil), mientras que el error obstativo excluye totalmente el consentimiento exigido por el art. 1262 del Código Civil y da lugar a supuestos de inexistencia o nulidad radical de pleno derecho para que la presencia de un error dé lugar a los efectos que le son propios, tiene que reunir dos características: por una parte, ha de ser esencial o determinante, lo que significa que sin él la voluntad se habría formado de distinto modo (en caso de error-vicio) o que la discrepancia entre lo querido y lo declarado afecta a un extremo de singular importancia (en caso de error obstativo), por otra parte, aunque la ley no lo disponga de forma explícita, la jurisprudencia exige que el error sea excusable es decir, que no haya podido ser evitado por la persona que incurre en él aun habiendo obrado de forma diligente o razonable. Por lo demás, la jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha venido mostrando muy restrictiva en cuanto a la apreciación de la existencia de error invalidante, subrayando su carácter marcadamente excepcional. En lo que respecta al dolo, el Código Civil lo define como la situación que se da cuando, con palabras o maquinaciones insidiosas, uno de los contratantes induce al otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho; en consecuencia, para que una declaración negociada pueda ser invalidada por dolo es preciso que uno de los contratantes observe una conducta objetivamente engañosa con el propósito de inducir a error o engaño al otro contratante (animus decipiendi), a fin de que este último emita una declaración de voluntad negociada; que dicha conducta sea grave y genere efectivamente el error o engaño perseguido; y, por último, que tal engaño o error resulten a la postre determinantes de la declaración de voluntad del contratante engañado o inducido a error.

Nada impide que quien emite una declaración de voluntad enderezada a la celebración de un contrato mediante condiciones generales o cláusulas predispuestas y padece, al hacerlo, un vicio del consentimiento, impugne su declaración de voluntad y, por tanto, el contrato nacido de ella.

En cuanto a sus consecuencias negociales, como regla general, la impugnación por dolo o error-vicio (da lugar, en caso de resultar estimada, a la anulación del contrato nacido como consecuencia de la declaración de voluntad viciada. Ahora bien, la doctrina civilista admite la posibilidad de que el error no afecte a toda la declaración, sino sólo a parte de ella (error parcial), sin dejar de ser, por ello, esencial o determinante. Cuando tal sea el caso, se plantea el problema de si ese error parcial invalida totalmente el contrato celebrado o sólo lo invalida en la medida en que dicho contrato quede afectado por el error. Dar respuesta a esta cuestión en un ordenamiento que, como el nuestro, carece de una regulación de carácter general de los supuestos de ineficacia parcial del contrato no es fácil, aunque, como línea directriz y sin perjuicio de lo que pueda resultar de otras normas especiales, parece razonable admitir la ineficacia parcial de contrato cuando el vicio del consentimiento afecte sólo a una parte de él y siempre que quepa razonablemente apoyar su subsistencia en la voluntad hipotética o conjetural de las partes o en otras razones, solución que, ulteriormente, encuentra apoyo en el principio de conservación del negocio.

A la vista de todo lo anterior, es posible ya tratar de dar respuesta a las excepciones que integran el objeto de estas reflexiones: es admisible, o probable, o simplemente, posible que sea instada y obtenida la declaración de ineficacia de todas o algunas de las condiciones generales o cláusulas predispuestas mediante las que se celebra un contrato en cuanto concierne uno de los vicios del consentimiento regulados por el Código Civil directamente relacionado con la

incorporación de tales cláusulas al contrato o con su contenido regulador?, en caso de que se conteste afirmativamente a la cuestión anterior, ¿en qué casos y por parte de quiénes cabe que se produzca dicha impugnación?, además, de prosperar una impugnación en los términos dichos, ¿la ineficacia de todas o algunas de las cláusulas predisuestas conlleva necesariamente la ineficacia total del contrato, o es posible que subsista el contrato en la parte no afectada por el vicio?, finalmente, de admitirse esto último, ¿conforme a qué regla debe decidirse en cada caso si ha de ser invidado el contrato mismo o sólo la parte o partes afectadas por el vicio?

2. ADMISIBILIDAD

En cuanto a lo primero, la disciplina jurídica especial de los contratos celebrados mediante condiciones generales (Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación) y cláusulas predisuestas (arts. 10 y 10 bis de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios) no desplaza a las normas de carácter general en materia de obligaciones y contratos contenidas en el Código Civil. Por el contrario, ambos grupos de normas confluyen y se yuxtaponen en la regulación de los contratos así celebrados. En consecuencia, nada impide que quien emite una declaración de voluntad enervada a la celebración de un contrato mediante condiciones generales o cláusulas predisuestas y padece, al hacerlo, un vicio del consentimiento, impugne su declaración de voluntad y, por tanto, el contrato nacido de ella, conforme a los arts. 1262 y siguientes y 1300 y siguientes del Código Civil.

Distinto es que ese mismo resultado pueda ser obtenido más fácilmente mediante la aplicación de los distintos mecanismos de control establecidos por la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación y la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

3. SUPUESTOS

Admitida la posibilidad de impugnación por vicios del consentimiento es razonable suponer que, en la perspectiva que ahora interesa, pueden alcanzar relevancia los supuestos de error y dolo. A efectos de facilitar la exposición, conviene distinguir entre la posición del predisponente, por un lado, y la del adherente, por otro.

En el caso del predisponente, descartada ab initio la posible alegación de dolo procedente del cliente, por razones obvias, la problemática queda circunscrita a la posible existencia de error en cuanto a la concurrencia de los requisitos de inclusión legalmente exigidos o en cuanto al contenido de regulación material de las condiciones generales o cláusulas predisuestas de que se trate. A fin de decidir acerca de la viabilidad de una hipotética impugnación por parte del predisponente alegando la existencia de error debe considerarse, a nuestro modo de ver, que la disciplina jurídica especial contenida en la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación y en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios establece un conjunto de cargas o deberes legales que pesan sobre el predisponente y cuya concurrencia en cada caso concreto permite que el clausulado negociado predispuerto forme parte efectivamente del contrato celebrado, nos referimos, como cabe suponer, a los requisitos de inclusión establecidos por los arts. 5 de la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación y 10.1 a) de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Algunos de estos requisitos se refieren a un estadio anterior al de la efectiva celebración de contratos por medio de ese clausulado, es decir, al momento de la predisposición en sí; otros, en cambio, se refieren específicamente al momento de la celebración de cada concreto contrato por medio del clausulado. Pues bien, el hecho de que, en los términos expuestos, el predisponente, a cuya iniciativa se produce la incorporación al contrato de las condiciones generales o cláusulas predisuestas, se halle legalmente obligado a verificar la concurrencia de dichos requisitos con relación a cada uno de los contratos que celebra mediante el clausulado predispuerto, excluye, a nuestro modo de ver, la posibilidad de que ulteriormente alegue el padecimiento de error en cuanto a la concurrencia de los requisitos de inclusión o en cuanto al contenido de regulación material de las cláusulas predisuestas, porque, aun cuando existiera efectivamente, estaríamos, por las razones dichas, ante un error inexcusable y, por ende, inidóneo para fundar tal pretensión impugnatoria. En el caso del adherente es imaginable, en principio, tanto la impugnación por dolo como por error. En cuanto al primero, sin embargo, creemos que en la práctica su alegación prosperara muy difícilmente, y ello por dos razones: en primer lugar, porque no es fácil identificar en la conducta del predisponente que contrata por medio de condiciones generales o cláusulas predisuestas un comportamiento objetivamente engañoso y grave, y, en segundo lugar, porque el error del cliente así producido no podría considerarse excusable en la generalidad de los casos y, sobre todo —repetimos—, en cuanto los requisitos de inclusión hubiesen sido efectivamente observados. En caso de que el adherente, en cambio, impugne su declaración negociada alegando haber incurrido en error, creemos que, como regla general, su pretensión no prosperará, y ello por dos razones: en primer lugar, porque las condiciones generales y cláusulas predisuestas regulan de ordinario aspectos secundarios o accesorios de la relación negociada, de modo que el error atinente a la incorporación de tales cláusulas al contrato o a su contenido de regulación material carecerá, como regla general, de la nota de la esencialidad y no permitirá, en consecuencia, impugnar exitosamente la declaración de voluntad; en segundo lugar, porque si han recibido cumplimiento los requisitos de inclusión de los arts. 5 de la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación y 10.1 a) de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, el cliente habrá conocido efectivamente la incorporación del clausulado predispuerto al contrato y habrá dispuesto de una posibilidad real de conocer su contenido regulador, por lo que no es de recibo, en principio, la alegación de error respecto a tales extremos; y si tales requisitos de inclusión no han sido cumplidos por el predisponente, cabrá, en efecto, la impugnación por error, de concurrir los presupuestos legalmente exigidos, pero resultará mucho más sencillo y efectivo instar la declaración de ineficacia por no incorporación prevista en la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación y en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Sin embargo, la descrita es, a nuestro juicio, la situación que puede darse como regla general, lo que no impide que, excepcionalmente, cuando concurran las circunstancias que seguidamente se dirán, pueda prosperar la

impugnación del cliente basada en la existencia de error jurídicamente relevante en cuanto al contenido regulatorio de una o varias de las cláusulas predisuestas, aun habiendo recibido cumplimiento los requisitos de inclusión de los arts. 5 de la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación y 10.1.a) de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios; nos referimos al caso de cláusulas predisuestas que, por razón de su contenido de regulación material, puedan considerarse, por así decir, especialmente relevantes, desde el punto de vista del consentimiento del cliente, es decir, cláusulas que, pese a hallarse predisuestas, regulan extremos atinentes a los elementos esenciales del contrato, respecto de los cuales el cliente se ha formado expectativas legítimas y razonables que han convalidado a forjar su decisión de contratar. Son, pues, cláusulas que afectan, alteran o modifican aquellos aspectos de la relación comercial directamente relacionados con las prestaciones fundamentales y, por tanto, con la naturaleza del contrato celebrado, o que han sido objeto de negociación especial entre las partes o, simplemente, respecto de los cuales ambos contratantes pueden formarse una determinada representación mental, y confiar en que no sean alterados, sin más, mediante la introducción de una simple cláusula predisuesta. Cuando se dan estas circunstancias, a diferencia de la situación típicamente existente, el error (ignorancia) acerca de la existencia de una de esas cláusulas si reunirá la nota de la esencialidad, porque, como decimos, son cláusulas que afectan a aspectos de elementos de la relación comercial sobre los que se forja la decisión de contratar; además, se tratará de un error excusable aun cuando hayan sido cumplidos los requisitos de inclusión, porque, por razón del contenido regulatorio de estas cláusulas, nadie está obligado a contar con su existencia dentro de un cláusulado contractual predispuesto y, por tanto, a nadie le es reprochable el no haberlas conocido efectivamente, aunque haya podido hacerlo. Como se habrá advertido ya, las cláusulas a las que nos venimos refiriendo son las que en el ordenamiento alemán (§ 3 AGB-G) se denominan sorprendentes; no es extraño, por ello, que la doctrina alemana haya advertido reiteradamente lo innecesario e inconveniente de instar la ineficacia de este tipo de cláusulas sobre la base del § 119 BGB, por cuanto ese mismo resultado puede ser obtenido de forma más sencilla y segura sobre la base de los §§ 3 y 6 AGB-G. Sucede, sin embargo, que en nuestro Derecho positivo se omitió deliberadamente la formulación de la regla de las cláusulas sorprendentes, y, aun cuando en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios es posible encontrar algunos materiales normativos dispersos que permiten reconstruir esta regla al menos con relación a los contratos en que tome parte un adherente-consumidor o usuario, no queda más remedio que afirmar que, en principio, la vigente disciplina jurídica especial de los contratos celebrados mediante condiciones generales no impide la eficacia de las cláusulas que, en los términos desentados, pueden reputarse sorprendentes. De ahí que a nuestro juicio admitir la posibilidad de impugnación por error por parte del cliente con relación a este tipo de cláusulas no sea en nuestro ordenamiento cuestión baladí, y de ahí que, admitida tal posibilidad, se plantee de inmediato el problema de la determinación de las consecuencias negociales de una eventual impugnación exitosa de una o varias cláusulas predisuestas por parte del cliente, del que nos ocupamos a continuación.

Admitir la posibilidad de impugnación por error por parte del cliente con relación a este tipo de cláusulas no es en nuestro ordenamiento cuestión baladí, y de ahí que, admitida tal posibilidad, se plantee de inmediato el problema de la determinación de las consecuencias negociales de una eventual impugnación exitosa de una o varias cláusulas predisuestas por parte del cliente.

4. CONSECUENCIAS NEGOCIALES

A fin de dar respuesta a la cuestión de la determinación de las consecuencias negociales de la eventual impugnación por el cliente de aquellas cláusulas predisuestas respecto de las que otorgo su consentimiento por hallarse en error acerca de su contenido regulatorio, hay que partir de las dos premisas siguientes:

Por una parte, nuestro ordenamiento carece de una regulación de carácter general de los supuestos de nulidad o ineficacia parcial del contrato. La doctrina civilista, no obstante, conviene en que rige en nuestro Derecho el principio de conservación del negocio jurídico (utile per inutile non vitiatur), que, además de en alguna manifestación fragmentaria, puede apoyarse en el principio de autonomía de la voluntad y en la voluntad presumible, hipotética o conjetural de los contratantes; si, a la vista de las circunstancias concretamente concurrentes, es razonablemente posible inferir la voluntad de éstos de celebrar el contrato pese a la ineficacia de alguna o varias cláusulas, la consecuencia será el mantenimiento de la eficacia del contrato, sino a aspectos secundarios o accesorios, y siempre que la reglamentación negocial, una vez desprovista de la estipulación ineficaz e integrada, responda a las expectativas de las partes que motivaron la celebración del contrato.

Por otra parte, para nuestro Código Civil, la presencia de vicios del consentimiento invalidantes afecta a las declaraciones de voluntad emitidas como consecuencia de aquellos, y, por tanto, a la validez de los contratos nacidos de éstas. Es decir, no se prevé expresamente la posibilidad de que el vicio no afecte a toda la declaración, sino sólo a una parte de ella, y, por tanto, nada se prevé para cuando tal sea el caso. No obstante, como decimos, la mejor doctrina civilista admite que el error, sin dejar, por ello, de ser esencial, afecte sólo a una parte de la declaración. Lo que no está claro es cuáles habrán de ser las consecuencias jurídicas de la presencia de un error esencial, pero parcial; el caso que nos ocupa, la impugnación y subsiguiente ineficacia deriva ordinariamente de un error esencial, pero parcial: el cliente desea celebrar el contrato de que se trate, y para ello no duda en adherirse al cláusulado contractual predispuesto que le presenta el predisponente. Lo que sucede es que desconoce y no tiene por qué conocer la presencia, dentro de dicho cláusulado, de una o varias estipulaciones especialmente significativas cuyo consentimiento efectivo habría impulsado al cliente, con toda probabilidad, a desistir de contratar. Ante este estado de cosas, varias son las situaciones posibles:

Puede ocurrir, en primer lugar, que el adherente, ponderando el carácter esencial, aunque parcial, del error, impugne totalmente su declaración de voluntad y, en consecuencia, demande la anulación del contrato mismo, alegando, pues,

5.1.- Legitimación activa para interponer la acción de nulidad.

La declaración judicial de no incorporación al contrato o de nulidad de las cláusulas de condiciones generales podrá ser instada por el adherente de acuerdo con las reglas generales reguladoras de la nulidad contractual.

5.2.- Competencia territorial para conocer de la reclamación.-

El Juez competente será el del domicilio del demandante.

5.3.- Efectos de la sentencia estimatoria.

La sentencia estimatoria, obtenida en un proceso incoado mediante el ejercicio de la acción individual de nulidad o de declaración de no incorporación, decretará la nulidad o no incorporación al contrato de las cláusulas generales afectadas y aclarará la eficacia del contrato de acuerdo con el artículo 10, o declarará la nulidad del propio contrato cuando la nulidad de aquéllas o su no incorporación afectara a uno de los elementos esenciales del mismo en los términos del artículo 1261 del Código Civil.

Respecto de los efectos de la no incorporación al contrato de las cláusulas de las condiciones generales o la declaración de nulidad de las mismas no determinará la ineficacia total del contrato, si éste puede subsistir sin tales cláusulas, extremo sobre el que deberá pronunciarse la sentencia, es decir, nos encontraríamos ante una nulidad parcial del contrato. La parte del contrato afectada por la no incorporación o por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1258 del Código Civil y disposiciones en materia de interpretación contenidas en el mismo.(art. 10)

que no habría celebrado el contrato de haber sabido de la existencia de ciertas estipulaciones dentro del clausulado contractual predispuesto. En segundo lugar, puede suceder que el cliente, valorando el carácter parcial, aunque esencial, del error, demande judicialmente la invalidación no, total, sino parcial de su declaración de voluntad, esto es, en la medida en que suponga conformidad con la vigencia de aquellas cláusulas que desconocía y no tenía por qué conocer, y solicite, en consecuencia, la anulación del contrato no en su totalidad, sino sólo en la parte afectada por el vicio. Si se da este segundo caso, y se admite la impugnación parcial de la declaración parcialmente viciada y del contrato que nace de ella, se plantea el problema de determinar con arreglo a qué criterio ha de decidirse si, invalidada una parte del contrato, el resto puede subsistir. A tal efecto, dos son las posibles reglas aplicables: por una parte, la de la ineficacia parcial coactiva recogida en los arts. 9 y 10 de la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación y 10 bis 2 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, y, por otra, la de la ineficacia parcial del contrato dependiente de la voluntad hipotética o presunta de los contratantes, conforme a la que, en defecto de norma expresa, han de resolverse en nuestro ordenamiento los supuestos de nulidad parcial del contrato. A nuestro juicio, el hecho de que las cláusulas acerca de las que se produce el error integren la parte predispuesta del contrato y el principio de conservación del negocio jurídico que, según se conviene mayoritariamente, ha de estimarse vigente en nuestro Derecho, aconsejan desechar la posibilidad de que las hipótesis de error que ocupan nuestra atención permitan al cliente solicitar la anulación total del contrato así celebrado. Esta última carece de justificación, si se repara en que los perjuicios derivados del error quedan perfectamente subsanados mediante el recurso a la teoría de la nulidad o anulabilidad parcial del contrato: la declaración de ineficacia de la cláusula o cláusulas sobre las que se produjo el error permitirá que desaparezca la discrepancia entre lo querido y lo declarado (si se considerara que hubo error obstativo) o que prevalezca la voluntad que se formó y declaró como si tales cláusulas no existieran (si se considera que hay error-vice). En consecuencia, no es admisible entonces que trate de desvincularse del contrato quien desde el principio quiso celebrarlo en esas condiciones. Por otra parte, puesto que el responsable del error es el predisponente, la regla aplicable al efecto de decidir si subsiste o no el contrato será la de la nulidad parcial coactiva de los arts. 9 y 10 de la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación o 10 bis 2 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, y no, por tanto, la que resulte de la voluntad presunta de las partes. Será, por tanto, irrelevante el que se sepa que el predisponente no habría celebrado el contrato sin las cláusulas impugnadas y declaradas ineficaces, porque es él el responsable de su introducción subrepticia dentro del clausulado contractual predispuesto.

Por otro lado, de acuerdo con la Ley, no quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales:

- a) Las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato o cuando no hayan sido firmadas, cuando sea necesario, en los términos resultantes del artículo 5.
- b) Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, salvo, en cuanto a estas últimas, que hubieren sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a la normativa específica que discipline en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato.(art. 7)

5.4.- Nulidad de contratos de seguro.-¹³

La doctrina del deber judicial de vigilancia y sanción de los actos contrarios a la Ley mediante la declaración ex officio de su nulidad hay que aplicarla "cum grano salis" para evitar nulidades excesivas en materias del ámbito de la autonomía de la voluntad, y si bien hay que evitar hechos torpes o delictivos¹⁴, no debe aplicarse la doctrina ante actos no afectos de vicios o no infractores de precepto claro y terminante¹⁵ y menos respecto de actos o negocios cuya apariencia jurídica correcta merezca el debido respeto mientras no se impugnen en forma, dando oportunidad a la otra parte para su defensa¹⁶

Sólo podrá accederse a la nulidad de un acto o contrato en cualquiera de los casos siguientes: 1) que exista un precepto específico de la ley que imponga la nulidad per se, 2) que se trate de un acto constitutivo de un estado o condición para cuya eficacia exige la ley determinados requisitos y falta alguno esencial en el evento, 3) cuando la materia, objeto o finalidad del acto impliquen un fraude a la ley, sean atentatorios a la moral o supongan un daño o peligro para el orden público¹⁷.

El anterior artículo 4, hoy artículo 6.3 CC, al disponer la nulidad de pleno derecho de los actos contrarios a las normas imperativas o prohibitivas, se limita a formular un principio jurídico de gran generalidad que no debe ser interpretado con criterio rígido, sino flexible, teniendo en cuenta que no toda disconformidad con una ley cualquiera, o toda omisión de formalidades legales que pueden ser meramente accidentales en relación al acto de que se trate, haya siempre de llevar consigo la

¹³ GONZALO ITURMENDI MORALES, Revista de Derecho de los seguros privados, 1996, año 3, nº 3. "La delimitación temporal de la cobertura en el seguro de responsabilidad civil. La modificación del artículo 73 de la Ley de contrato de seguro". Sobre la nulidad del contrato de seguro véanse las páginas 38 a 46 de este trabajo.

¹⁴ Véanse al respecto las siguientes Sentencias: TS L. SS. 29 Ene. 1932, 15 Ene. 1949, 20 Oct. 1949, 28 Abr. 1963, entre otras.

¹⁵ Véanse las Sentencias TS L. SS. 11 Mar. 1965 y 22 Mar. 1965.

¹⁶ Véanse las Sentencias: TS L. SS. 31 Dic. 1949, 15 Oct. 1957, 16 May. 1960 y TS L. S. 31 Mar. 1981.

¹⁷ Fundamenta estos requisitos la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 26 de Junio de 1982.- (Ponente: Sr. Albácar López LA LEY, 1982-4, 558).

sanción límite de la nulidad, debiendo el Juzgador extremar su prudencia analizando para ello la índole y finalidad del precepto legal contrariado y la naturaleza, móviles, circunstancias y efectos previsibles de los actos realizados, para concluir declarando válido el acto, pese a la infracción legal, si la levedad del caso así lo permite o aconseja y sancionándolo con la nulidad si median trascendentes razones que patenticen el acto como gravemente contrario al respeto debido de la ley, la moral y el orden público.

La jurisprudencia, al enfrentarse con el texto del art. 6.3 CC, ha reconocido su importancia, proclamando que constituye un auxilio del derecho para remediar las faltas fundamentales o graves cometidas en actos jurídicos o procesales, pero, al mismo tiempo de ese reconocimiento, se ha visto compelida a delimitar su preciso alcance, estableciendo que el precepto se limita a formular un principio jurídico de gran generalidad que hace deba ser interpretado, no con criterio rígido, sino con criterio flexible, por lo que no es posible admitir que toda disconformidad con una ley cualquiera haya de llevar siempre consigo la sanción extrema de la nulidad, ni tampoco que sea preciso, para la validez de los actos contrarios a la ley, que tal validez sea dispuesta de modo textual en la ley misma¹⁸.

El art. 6.3 CC no puede aplicarse indiscriminadamente como determinante de la nulidad de los actos jurídicos, sino que hay lugar a clasificar los actos contrarios a la ley en tres distintos grupos: a) aquellos cuya nulidad se funda en un precepto específico y terminante de la ley que así lo imponga, siendo obvio que la nulidad ha de decretarse entonces, incluso de oficio; b) actos contrarios a la ley, en los que ésta disponga, a pesar de ello, su validez, debiendo entonces reconocérsele validez a tales actos contra legem, y c) actos que contraríen o falten a algún precepto legal, sin que éste formule declaración alguna expresa sobre su nulidad o validez, debiendo entonces el Juzgador extremar su prudencia en uso de una facultad hasta cierto punto discrecional, analizando para ello la índole y finalidad del precepto legal contrariado y la naturaleza, móviles, circunstancias y efectos previsibles de los actos realizados, para concluir declarando válido el acto, pese a la infracción legal, si la levedad del caso así lo permite o aconseja y sancionándole con la nulidad si median trascendentes razones que patenticen el acto como gravemente contrario a la ley, la moral o el orden público¹⁹.

¹⁸ TS 1.ª S 17 Oct. 1987.-Ponente: Sr. Serena Velloso LA LEY, 1988-1, 196.

¹⁹ En este sentido se pronunció la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 17 Oct. 1987 -(Ponente: Sr. Serena Velloso LA LEY, 1988-1, 196.): " El art. 6.3 CC no puede aplicarse indiscriminadamente como determinante de la nulidad, sino que hay lugar a clasificar a los actos contrarios a la ley en tres distintos grupos: a) aquellos cuya nulidad se funda en un precepto específico y terminante de la ley que así lo imponga, siendo obvio que la nulidad ha de decretarse entonces incluso de oficio; b) actos contrarios a la ley en que la ley misma disponga, a pesar de ello, su validez, debiendo entonces reconocérseles validez a tales actos contra legem, y c) actos que contraríen o falten a algún precepto legal, sin que éste formule declaración expresa sobre su nulidad o validez, debiendo entonces el Juzgador extremar su prudencia en uso de una facultad hasta cierto punto discrecional, analizando para ello la índole y finalidad del precepto legal contrariado y la naturaleza, móviles, circunstancias y efectos previsibles de los actos realizados, para concluir declarando válido el acto, pese a la infracción legal, si la levedad del caso así lo permite o aconseja, y sancionándole con la nulidad si median trascendentes razones que patenticen al acto como gravemente contrario al respeto debido a la ley, la moral o el orden público, encontrándose inficionado de lo que el CC llama "causa torpe"