

Cláusulas limitativas y sorprendentes en contratos de seguro: protección de las expectativas y el consentimiento de los asegurados*

Limiting and surprising clauses in insurance contracts: protection of expectations and consent of the insured

por

LUIS MARÍA MIRANDA SERRANO
*Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad de Córdoba*

RESUMEN: El autor analiza en este trabajo un asunto de interés dogmático y práctico como es la problemática inherente a las cláusulas limitativas y sorprendentes en los contratos de seguro. Tras prestar atención a los deberes de transparencia impuestos por el artículo 3, párrafo 1.º, de la Ley de Contrato de Seguro, el estudio concluye que son cláusulas limitativas las que defraudan las expectativas legítimas y razonables de los asegurados. Un tipo de ellas son

* Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto de Investigación de Excelencia del MINECO «Contratación mercantil y competencia empresarial: nuevas tendencias reguladoras y propuestas de conexiones normativas» (Ref. DER2013-43674-P), del que son Investigadores Principales los Profs. Drs. Luis María MIRANDA SERRANO y Javier PAGADOR LÓPEZ.

las cláusulas sorprendentes que, en cuanto que referidas a los elementos esenciales o parte económica del contrato, no pueden ser abusivas. Sin embargo, sí son lesivas. Aunque normalmente producen un desequilibrio injustificado para el asegurado, en la medida en que comportan una alteración sorpresiva de la carga económica del contrato, su lesividad no radica en esta circunstancia. Merecen reputarse lesivas por no haber sido consentidas por el adherente, al haberle sido hurtado su conocimiento por el predisponente. En definitiva, las cláusulas analizadas expresan la necesidad de proteger las expectativas y el consentimiento del asegurado.

ABSTRACT: The author analyzes in this paper a matter that has dogmatic and practical interest: the inherent problems to limiting and surprising clauses in insurance contracts. After analyzing the duties of transparency imposed by article 3, paragraph 1, of the Insurance Contract Act, the study concludes that the limiting clauses disappoint the legitimate and reasonable expectations of the insured. One type of them are the surprising clauses that, as affecting the contract's essential elements, can not be unfair. However, they are injurious. Although normally they produce a damage for the insured, because involves a surprising alteration of the contract's economic part, its harmfulness is not in this circumstance. These clauses are unlawful because of the lack the consent by the insured, having been stolen their knowledge by the insurer. In short, the analyzed clauses express the need to protect the expectations and consent of the insured.

PALABRAS CLAVE: Contrato de seguro. Cláusulas limitativas. Cláusulas sorprendentes. Condiciones generales. Cláusulas abusivas. Anteproyecto de Código Mercantil.

KEY WORDS: *Insurance contract. Limiting clauses. Surprising clauses. General conditions. Unfair clauses. Draft Commercial Code.*

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES, PROPÓSITO Y PLAN.—II. ESBOZO DE LOS CONTROLES DE TRANSPARENCIA FORMAL DE LAS CONDICIONES DEL CONTRATO RESIDENCIADOS EN EL ARTÍCULO 3, PÁRRAFO 1.º, DE LA LEY DE CONTRATO DE SEGURO.—III. NOCIÓN DE CLÁUSULA LIMITATIVA DE LOS DERECHOS DEL ASEGURADO: PROTECCIÓN DE LAS LEGÍTIMAS EXPECTATIVAS DEL ADHERENTE.—IV. CONTROL DE TRANSPARENCIA MATERIAL PROHIBITIVO DE LAS CLÁUSULAS SORPRENDENTES: PROTECCIÓN DEL CONSENTIMIENTO DEL ASEGURADO: 1. PLANTEAMIENTO: CONTROL

DE CLÁUSULAS LIMITATIVAS DE LOS DERECHOS DEL ASEGURADO CON EFECTO DESNATURALIZADOR DEL CONTRATO. 2. ALGUNOS EJEMPLOS DE CLÁUSULAS SORPRENDENTES EN NUESTRA JURISPRUDENCIA SOBRE SEGUROS. 3. NUEVAS TENDENCIAS LEGISLATIVAS: LA FORMULACIÓN DE LA REGLA DE LAS CLÁUSULAS SORPRENDENTES EN ALGUNAS PROPUESTAS LEGISLATIVAS DE REFORMA DEL DERECHO ESPAÑOL DE CONTRATOS. 4. LESIVIDAD DE LAS CLÁUSULAS SORPRENDENTES EN LOS CONTRATOS DE SEGURO: FALTA DE CONSENTIMIENTO DEL ASEGURADO.—V. CONCLUSIONES.—VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES, PROPÓSITO Y PLAN

En las últimas décadas los *deberes de transparencia* han experimentado un fortalecimiento muy importante en el Derecho de contratos. Esto se ha debido en gran medida a la irrupción y posterior desarrollo de la normativa protectora de los consumidores y usuarios que, con el propósito de hacer frente a la fuerte asimetría informativa típicamente presente en las relaciones de consumo, impone a los empresarios y profesionales relevantes deberes de información precontractuales con la finalidad de posibilitar a los consumidores que puedan contratar con pleno conocimiento de causa¹. Junto a lo anterior, también ha supuesto una acentuación considerable del nivel transparencia exigido a los predisponentes en los procesos de contratación de bienes y servicios la labor interpretativa de las normas jurídicas desplegada recientemente por nuestro Tribunal Supremo. Muy especialmente la contenida en sus resoluciones sobre *cláusulas suelo* insertas en contratos de préstamos hipotecarios. Como se sabe, en ellas el Alto Tribunal ha elaborado la noción de *control de transparencia*, que se asemeja bastante al control de contenidos negociales propiciado por la regla de las *cláusulas sorprendentes* en aquellos ordenamientos en donde esta existe. Según el Tribunal Supremo, cabe hablar de falta de transparencia cuando una estipulación relativa al objeto principal o parte económica del contrato y camuflada dentro del condicionado general defrauda las expectativas legítimas y razonables del adherente, provocándole sorpresa y causándole un perjuicio derivado de una alteración de la onerosidad o carga económica de la operación².

La Real Academia Española define el término *transparencia* como «cualidad de transparente», e incluye dentro de las acepciones de este último vocablo (que proviene de *transparere*, literalmente «aparecer a través de») una especialmente apropiada para ser aplicada al ámbito del Derecho de contratos que aquí nos ocupa. Conforme a ella, transparente equivale a «claro, evidente, que se comprende sin ninguna ambigüedad»³. Pues bien, si los contratos de seguro, dada su generalizada condición de contratos de adhesión, suelen redactarse de forma unilateral por las casas aseguradoras e imponerse a los clientes —a quienes no se les ofrece posibilidad alguna de participar en la redacción de los contenidos contractuales—, convendrá en considerarse lógico que, dentro de las finalidades

de política legislativa inherentes a la legislación de seguros, adquiera especial relevancia la consistente en garantizar del mejor modo posible que los contenidos negociales sean «claros» y «puedan comprenderse sin ambigüedad» por los adherentes-asegurados. Y siendo esto así —que lo es—, no podrá causar sorpresa al mismo tiempo que uno de los principales criterios utilizados en los últimos años por la Sala Primera del Tribunal Supremo en materia de seguros sea precisamente el de la transparencia, de gran utilidad para hacer realidad la tutela del asegurado como principio básico informador de toda la normativa de seguros⁴.

En suma, al Derecho de seguros le corresponde propiciar la *posibilidad de conocimiento* del contenido contractual por parte de los adherentes-asegurados. A no ser que se trate de cláusulas relativas a extremos constitutivos del objeto principal o entramado económico del contrato, en cuyo caso su cometido ha de ir más allá, garantizando el *conocimiento real y efectivo* de tales estipulaciones. Y es que la transparencia respecto de los elementos esenciales o parte económica del contrato cumple la muy relevante función de asegurar la libre decisión negocial del adherente, esto es, que cuando contrata lo hace con plena libertad de saber, al conocer de forma real y efectiva la carga económica que el contrato le supone y la prestación que va a obtener de la contraparte⁵. De modo que si por un defecto de transparencia alguna estipulación relativa a los elementos esenciales del contrato no es conocida y valorada por el adherente con anterioridad a la celebración del negocio, deberá hablarse de un problema de *falta de consentimiento* o de *consentimiento viciado*, pues nadie puede consentir sobre lo que no conoce por haberle sido hurtado su conocimiento por quien estaba obligado a procurárselo: el predisponente. En esto reside precisamente la lesividad de las cláusulas sorprendentes, como tendremos oportunidad de exponer y argumentar más adelante⁶.

Para conseguir los propósitos apuntados, el artículo 3 de la Ley de Contrato de Seguro instaura *dos controles de transparencia de carácter formal*: uno *general*, en cuanto que dirigido a todas las condiciones generales y particulares de los contratos de seguro, y otro *especial* que supone un reforzamiento del grado de transparencia respecto del anterior, y que merece llamarse especial y no general por no alcanzar a la totalidad de las condiciones generales y particulares del contrato sino solo a las limitativas de los derechos de los asegurados. Además, ambos controles se acompañan de un tercero directamente conectado con la regla prohibitiva de las cláusulas lesivas de los derechos de los asegurados *ex* artículo 3 de la Ley de Contrato de Seguro. Se trata de un *control de transparencia material* por mor del cual se consideran lesivas —y, por ende, ilícitas— las *cláusulas sorprendentes* en los términos que explicaremos más adelante. Mientras que los controles de transparencia formal persiguen que el contenido contractual *pueda ser conocido* por el adherente, el control de transparencia material, en cambio, se dirige a garantizar el *conocimiento real*

y *efectivo* del objeto principal del contrato por parte de ese mismo sujeto. Este último control, por tanto, solo es superado por las estipulaciones que en el momento de la conclusión del negocio son *real y efectivamente* conocidas por quien actúa en condición de tomador o asegurado. Bien entendido que corresponde al asegurador-predisponente probar en cada caso que dicho conocimiento ha tenido lugar⁷.

Las consecuencias negociales de la puesta en práctica de estos controles habrán de determinarse conforme a las reglas establecidas por la Ley de Condiciones Generales de la Contratación o, en caso de que el asegurado actúe en condición consumidora, por el Texto Refundido de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras normas complementarias, al que aludiremos a partir de ahora más simplificada como Texto Refundido de Consumidores. Contra lo que cabría pensar en un principio, la opción por uno u otro texto legal no es asunto intrascendente. No se pierda de vista que por razones que no compartimos el Texto Refundido de Consumidores prohíbe e impide la integración del contrato que resulta parcialmente nulo e ineficaz a causa de la falta de superación por parte de sus cláusulas predisuestas de alguno de los controles existentes. En cambio, la Ley de Condiciones Generales de la Contratación continúa estableciendo que las lagunas de la reglamentación negocial debidas a la declaración de nulidad e ineficacia de todas o algunas de las condiciones generales habrán de ser colmadas mediante la integración judicial del contrato⁸.

Como se desprende del nombre que hemos dado a este trabajo, el propósito en él perseguido consiste en analizar la problemática inherente a las cláusulas limitativas —de derechos— y sorprendentes en los contratos de seguro, cuya presencia en esta clase de negocios exige proteger adecuadamente las expectativas y el consentimiento de los asegurados. Con vistas a lograr este objetivo, hemos de prestar atención a los controles de transparencia anteriormente aludidos y, muy especialmente, al último de ellos, esto es, al control de transparencia material prohibitivo de las cláusulas sorprendentes, que, a diferencia de los controles de transparencia formal, no aparece formulado de forma explícita en el artículo 3, párrafo 1.º, de la Ley de Contrato de Seguro [*infra*, IV]. El asunto reviste interés tanto práctico como dogmático, al no existir unanimidad en nuestra comunidad jurídica en torno a algunas de las claves sobre las que se edifica este control. No la hay, por ejemplo, en lo que respecta a una cuestión de tanta relevancia como la noción de cláusula limitativa de los derechos del asegurado. Se trata, además, de una materia de gran actualidad. No solo por la muy interesante y novedosa jurisprudencia del Tribunal Supremo recaída en los últimos años en torno al control de transparencia de las cláusulas suelo. También por una muy reciente resolución de ese mismo Tribunal en materia de seguros que, en la dirección ya apuntada por otras resoluciones precedentes, parece abrir la puerta al control de transparencia material que aquí interesa.

Nos referimos a la Sentencia de 22 de abril de 2016, de la que fue Ponente el Magistrado D. Pedro José Vela Torres y sobre la cual tendremos oportunidad de disertar más adelante⁹.

Previamente a analizar la noción de cláusula limitativa de los derechos del asegurado y el significado y alcance del control de transparencia material prohibitivo de las cláusulas sorprendentes —que, como acabamos de afirmar, conforman los objetivos principales de este trabajo—, es necesario prestar atención —siquiera sea en términos muy generales— a los otros dos controles de transparencia de carácter formal instaurados por el artículo 3 de la Ley de Contrato de Seguro: el general y el especial anteriormente mencionados. De esto nos ocupamos a continuación [*infra*, II].

II. ESBOZO DE LOS CONTROLES DE TRANSPARENCIA FORMAL DE LAS CONDICIONES DEL CONTRATO RESIDENCIADOS EN EL ARTÍCULO 3, PÁRRAFO 1.º, DE LA LEY DE CONTRATO DE SEGURO

El precepto que interesa a nuestros fines es el párrafo. 1.º del artículo 3 de la Ley de Contrato de Seguro. Conforme él, «[l]as condiciones generales, que en ningún caso podrán tener carácter lesivo para los asegurados, habrán de incluirse por el asegurador en la proposición de seguro, si la hubiere y necesariamente en la póliza del contrato o en un documento complementario, que se suscribirá por el asegurado y al que se entregará copia del mismo. 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»¹⁰. La lectura de esta norma permite constatar que en ella, además de prohibirse las estipulaciones que tengan carácter lesivo para los asegurados —lo que se interpreta por la comunidad jurídica como el establecimiento de una regla de control de contenido prohibitiva de las cláusulas abusivas—, se instauran dos *controles de transparencia formal*: uno aplicable con carácter general a todas las condiciones generales —y, eventualmente, también particulares— del contrato de seguro (*control de transparencia formal de carácter general*), y otro aplicable solo cuando se trate de cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados (*control de transparencia formal de carácter especial*). Veamos —aunque sea de manera algo sintética— el alcance de cada uno de estos controles:

A) *Primero: Control de transparencia formal de carácter general*. Con la expresión control de transparencia formal (o control de inclusión) de carácter general nos referimos a las exigencias de forma que ha de cumplir el predisponente para asegurarse de que las cláusulas por él predisuestas llegan a incluirse o incorporarse al contrato. Mediante él se trata de garantizar al adherente una *posibilidad de conocimiento* de las cláusulas predispuestas por el otro contratan-

te, pero no implica en modo alguno que tengan que ser efectivamente conocidas por él¹¹. En concreto, el párrafo 1.º del artículo 3 de la Ley de Contrato de Seguro exige con carácter general que las estipulaciones negociales cumplan de forma acumulativa tres requisitos para que puedan considerarse incorporadas al contrato: 1.º) Que sean redactadas de forma clara y sencilla, lo que ha de interpretarse en el mismo sentido que la exigencia de claridad, concreción y sencillez según la Ley de Condiciones Generales de la Contratación y el Texto Refundido de Consumidores, a donde es necesario remitirnos. 2.º) Que se incluyan por el asegurador en la proposición del contrato, si la hubiere, y necesariamente en la póliza del contrato o en un documento complementario del que se hará entrega al asegurado. 3.º) Y, por último —y a diferencia de la Ley de Condiciones Generales y del Texto Refundido de Consumidores que no establecen esta tercera exigencia— que el asegurado suscriba el documento complementario en donde figuren las condiciones del contrato y del cual, además, habrá de serle entregada una copia¹².

Como puede apreciarse con relativa facilidad, estas normas de carácter general coinciden en lo esencial con las que se ocupan de la misma materia en la Ley de Condiciones Generales de la Contratación y en el Texto Refundido de Consumidores. De ahí que se haya planteado si la promulgación de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación en 1998 supuso o no la derogación del correlativo régimen establecido por este artículo 3, párrafo 1.º, de la Ley de Contrato de Seguro. La respuesta negativa a la anterior cuestión ha prevalecido en nuestra comunidad jurídica. La opinión generalizada es partidaria de entender que la Ley de Condiciones Generales de la Contratación de 1998 y la nueva redacción que esta dio a la Ley General de Defensa de los Consumidores (y luego al Texto Refundido de Consumidores) no han alterado la concepción político-legislativa plasmada en el artículo 3, párrafo 1.º, de la Ley de Contrato de Seguro. Razón por la cual se considera que este régimen general de la incorporación de las condiciones generales al contrato de seguro debe considerarse plenamente vigente¹³.

B) Segundo: Control de transparencia formal de carácter especial. El último inciso del artículo 3, párrafo 1.º, de la Ley de Contrato de Seguro establece un régimen de control de transparencia formal (o control de inclusión) más riguroso que el anterior. Se trata de un régimen *especial* por cuanto que no va dirigido a todas las cláusulas de condiciones generales o particulares, sino solo a las *limitativas de los derechos de los asegurados*. Conforme a él, dichas cláusulas deberán reunir dos requisitos más a fin de que puedan considerarse incluidas o incorporadas al contrato: ser resaltadas o destacadas de modo especial por el asegurador, y ser específicamente aceptadas por escrito por el asegurado.

En primer lugar, la exigencia de que las cláusulas limitativas *se resalten o destaquen de modo especial* por el asegurador puede cumplirse de diferentes maneras: empleo de caracteres tipográficos diferentes o de mayor tamaño que el

resto del clausulado, uso de negrita, cursiva, subrayado o de otro color diferente, reserva de una parte del documento contractual para las cláusulas limitativas, inserción de estas cláusulas en recuadros o cuadros de texto y utilización de cualquier otro procedimiento que propicie el aislamiento —en la medida de lo posible— de las cláusulas limitativas respecto del resto del clausulado con el fin de que puedan ser más fácilmente percibidas, etc.¹⁴. Lo relevante será que se consiga o no en cada caso que la cláusula o cláusulas en cuestión no pasen desapercibidas para el asegurado. Esta es la opinión tanto de la generalidad de la doctrina¹⁵ como de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones¹⁶.

En segundo lugar, la exigencia legal de que las cláusulas limitativas *sean específicamente aceptadas por escrito* por el tomador o asegurado parece poner de relieve que no es suficiente con la conformidad prestada en términos generales por dicho sujeto al resto del clausulado contractual, sino que es necesario que declare de modo expreso y especial que conoce y acepta estipulaciones limitativas concretas¹⁷. Naturalmente, la aprobación específica de la cláusula ha de manifestarse al exterior por medio de un particular signo gráfico, que es la firma del tomador o asegurado¹⁸. Junto a ello, la alusión legal a que la aprobación ha de ser *específica* implica que tiene que ser distinta de la que recae sobre la generalidad del contrato, e, incluso, individual respecto de cada una de las cláusulas limitativas existentes, en caso de que sean varias¹⁹. Por tanto, no basta con aceptar las cláusulas limitativas mediante una cláusula de referencia genérica a todas las cláusulas de este tipo presentes en el condicionado. Ni siquiera cuando la cláusula de referencia concreta de algún modo —ya mediante su numeración, ya mediante la indicación de la página o parte del documento en que se encuentran— las cláusulas limitativas concernidas²⁰.

En rigor, el tratamiento legal de esta materia revela el propósito legislativo de incrementar el grado de transparencia en lo que concierne a las estipulaciones que merezcan considerarse limitativas de los derechos del asegurado. Y es que, en efecto, la principal idea que cabe inferir de esta regulación consiste en que el nivel de transparencia requerido para cualquier condición general o particular del contrato de seguro ha de aumentar de forma considerable para las cláusulas limitativas. Ahora bien, aunque somos conscientes de que esta cuestión no es aceptada de forma pacífica por toda la comunidad jurídica²¹, entendemos que ese mayor grado de transparencia requerido para este tipo de estipulaciones no implica que el adherente llegue a tener un conocimiento real y efectivo de las mismas, sino tan solo una mera *posibilidad de conocimiento*, aunque cierto es que *aumentada* o *cualificada* en términos comparativos con la que se deriva del cumplimiento de las exigencias que conforman el control de transparencia formal de carácter general anteriormente analizado²². La práctica nos enseña que en la generalidad de los casos los tomadores y asegurados se limitan estampar sus firmas en la documentación que reciben, sin leer ni tan siquiera las cláusulas especialmente resaltadas. Suscriben los documentos tan solo con un conocimiento real y efec-

tivo de los elementos esenciales o entramado económico del contrato tal como le son presentados por el asegurador: el precio a pagar en concepto de prima y la prestación que a cambio se compromete a cumplir la casa aseguradora para el caso de que se produzcan los eventos expresamente previstos en el contrato²³.

La aplicación práctica del último inciso del artículo 3, párrafo 1.º, de la Ley de Contrato de Seguro en donde se instaura el control de transparencia formal de carácter especial al que ahora nos referimos ha suscitado importantes problemas interpretativos que obedecen a la ausencia de criterios legales para determinar qué ha de entenderse por cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados y, por ende, para distinguir estas estipulaciones tanto de las que delimitan el riesgo asegurado como de las lesivas²⁴. De ahí la muy abundante jurisprudencia que ha generado la interpretación de este precepto²⁵. Y de ahí también que la doctrina no siempre haya llegado a conclusiones coincidentes en esta materia²⁶. Se hace por ello necesario prestar atención seguidamente a este asunto [*infra*, III]. En rigor, solo después de conocer qué ha de entenderse por cláusula limitativa de los derechos del asegurado estaremos en condiciones de poder explicar el significado y alcance del control de transparencia material prohibitivo de las cláusulas sorprendentes [*infra*, IV].

III. NOCIÓN DE CLÁUSULA LIMITATIVA DE LOS DERECHOS DEL ASEGURADO: PROTECCIÓN DE LAS LEGÍTIMAS EXPECTATIVAS DEL ADHERENTE

Como se sabe, a través del contrato de seguro el asegurador se compromete, a cambio de una prima, a indemnizar al asegurado —en los términos acordados— para el caso de que se produzca el evento cuyo riesgo es objeto de cobertura. Básicamente esta es la definición de este tipo de contrato que proporciona el artículo 1 de la Ley de Contrato de Seguro: «aquel por el que 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». Por tanto, de la propia noción legal del contrato de seguro se desprende la importancia que en él tiene el elemento del riesgo. Y, de hecho, la dogmática relativa al seguro lo eleva a la categoría de elemento esencial del contrato. En concreto, el riesgo y la prima integran el elemento causal que, junto con el interés asegurado —elemento objetivo— y el consentimiento de los contratantes, conforman los elementos esenciales del contrato *ex* artículo 1261 del Código Civil. El riesgo es un elemento de tanta relevancia que el legislador declara de forma clara y rotunda que sin riesgo el contrato de seguro es nulo (art. 4 Ley de Contrato de Seguro y artículo 581-4 Anteproyecto de Código Mercantil)²⁷.

Naturalmente, el riesgo se delimita en el contrato a través de cláusulas negociales enderezadas a determinar los eventos cuyo acaecimiento provoca el nacimiento de la obligación indemnizatoria del asegurador. Estas son las que se conocen genéricamente como *cláusulas delimitadoras o de delimitación del riesgo*. En palabras del Tribunal Supremo, se trata de cláusulas que «concretan el objeto del contrato y fijan los riesgos que, en caso de producirse, hacen surgir en el asegurado el derecho a la prestación por constituir el objeto del seguro» (STS de 22 de abril de 2016). La Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de septiembre de 2006 sentó en esta materia una doctrina posteriormente recogida por otras muchas resoluciones del Alto Tribunal (entre otras, SSTs de 17 de octubre de 2007, 20 de julio de 2011, 15 de octubre de 2014 y 22 de abril de 2016). Conforme a ella son estipulaciones delimitadoras del riesgo aquellas que tienen por finalidad delimitar el objeto del contrato, de modo que concretan: a) qué riesgos constituyen dicho objeto; b) en qué cuantía; c) durante qué plazo; y d) en qué ámbito temporal. Otras resoluciones posteriores consideran que son cláusulas delimitadoras del riesgo las que fijan la cobertura de un riesgo, los límites indemnizatorios y la cuantía asegurada (SSTs de 5 de marzo de 2012 y de 19 de julio de 2016). Desde nuestro punto de vista, especial relevancia reviste también en esta materia la ya mencionada Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 2012. En ella puede leerse que las cláusulas delimitadoras del riesgo son las que «establecen exclusiones objetivas de la póliza o restringen su cobertura en relación con determinados eventos o circunstancias, siempre que respondan a un propósito de eliminar ambigüedades y concretar la naturaleza del riesgo en coherencia con el objeto del contrato (...) o en coherencia con el uso establecido», añadiéndose a lo anterior que no pueden considerarse delimitadoras del riesgo las «cláusulas que delimiten el riesgo en forma contradictoria con el objeto del contrato o con las condiciones particulares de la póliza, o de manera no frecuente o inusual». La importancia de estas últimas afirmaciones reside en que en ellas el Tribunal Supremo nos dice, en sentido negativo, qué estipulaciones no son delimitadoras del riesgo por tratarse de cláusulas limitativas de los derechos del asegurado —a las que nos referiremos a continuación—: las que acotan el riesgo «en forma contradictoria con el objeto del contrato o con las condiciones particulares de la póliza, o de manera no frecuente o inusual».

Ahora bien, hay que tener en cuenta que en la práctica aseguradora existen distintos tipos de seguros en función del riesgo cubierto de acuerdo con la ley y con lo que resulta habitual o usual. Esto significa que cuando se celebra el contrato de seguro el tomador o asegurado cuenta con unas *expectativas legítimas y razonables acerca del riesgo asegurado en función de la regulación legal y usual de ese tipo de contrato, de las negociaciones que lo han precedido y de las circunstancias que han rodeado su celebración* (esto es, del contexto en el que se ha desarrollado la operación). En rigor, estas expectativas enlazan con las cláusulas de delimitación del riesgo antes referidas, que deben ser efectiva-

mente conocidas y consentidas por el adherente, en la medida en que forman parte de los elementos esenciales o entramado económico del contrato (precio y prestación). De modo que cualquier cláusula que reduzca o aminore el riesgo cubierto por debajo de lo que acabamos de indicar (expectativas legítimas y razonables del adherente a la vista de las circunstancias más arriba expresadas) será una *cláusula limitativa de los derechos del asegurado*, sujeta al control de transparencia formal (o control de inclusión) de carácter especial más arriba analizado (especial resalto y aceptación específica y por escrito). En esta dirección apunta el Tribunal Supremo en su Sentencia de 22 de abril de 2016 cómo «la jurisprudencia ha determinado, de forma práctica, el *concepto de cláusula limitativa, referenciándolo al contenido natural del contrato*, derivado, entre otros elementos, de las cláusulas identificadas por su carácter definidor, de las cláusulas particulares del contrato y del *alcance típico o usual que corresponde a su objeto con arreglo a lo dispuesto en la ley o en la práctica aseguradora*»²⁸. En otras resoluciones el Alto Tribunal ha definido las cláusulas limitativas como aquellas que «*delimitan el riesgo de modo anormal, sorpresivo o inusual*, ya sea porque se aparten de la cobertura propia del tipo de contrato de seguro de que se trate, ya sea porque introduzcan una restricción que haya que entender, en aplicación de un criterio sistemático en la interpretación, más limitado que el riesgo contractualmente aceptado de modo evidente» (SSTS de 10 de mayo de 2005, de 28 de enero de 2008 y de 19 de junio de 2016)²⁹.

A la vista de lo expuesto, parece claro que la pregunta que el intérprete tendría que formularse con vistas a dilucidar si la cláusula delimitadora del riesgo que enjuicia merece considerarse limitativa de los derechos del asegurado o simplemente delimitadora del riesgo es básicamente la que sigue: *¿podía esperar fundadamente un asegurado o tomador medio que el riesgo excluido por dicha cláusula iba a quedar cubierto por el contrato a la vista del tipo concreto de contrato celebrado según resulta principalmente de la ley que lo regula, de la práctica aseguradora y de las negociaciones que precedieron a su celebración?* Obviamente, si la respuesta fuese afirmativa, la cláusula merecería considerarse limitativa de los derechos del asegurado, en la medida en que supondría un recorte manifiesto de las expectativas legítimas y razonables del adherente. En caso contrario, estaríamos ante una cláusula meramente delimitadora del riesgo cubierto por el contrato. Con relativa facilidad se constata la relevancia que en la noción de cláusula limitativa posee la idea de *conferir adecuada protección las expectativas legítimas y razonables del adherente*³⁰. Por cierto que el contrato de seguro no es el único sector de nuestro Derecho privado en el que se otorga protección a dichas expectativas. Así ocurre también, por ejemplo, en la regulación del que ha dado en llamarse y reconocerse como principio de la integración publicitaria del contrato³¹. El legislador reconoce a los consumidores el derecho a exigir a la contraparte que los contenidos publicitarios y promocionales integren el contrato (*ex* artículo 61 Texto Refundido

de Consumidores) porque de no ser así podrían defraudarse gravemente las expectativas legítimas y razonables que la publicidad generó en el ánimo de aquellos incitándoles a contratar³². En rigor, estas concreciones normativas de la protección de las legítimas expectativas de los contratantes —a las que cabría añadir alguna otra como, por ejemplo, el artículo 116 Texto Refundido de Consumidores— no son sino derivaciones legales específicas del gran principio de la buena fe en sentido objetivo (art. 1258 Código Civil y art. 57 Código de Comercio), de enorme relevancia dogmática y práctica en el ámbito del Derecho de obligaciones y contratos.

Un criterio —cierto es que no el único— especialmente importante y útil para dar respuesta a la pregunta anteriormente formulada y, en suma, para dilucidar en cada caso si estamos o no ante una cláusula limitativa de los derechos del asegurado, lo proporciona la propia *descripción legal del tipo de contrato de seguro* ante el que nos encontremos. A él recurre, por ejemplo, el Tribunal Supremo en su Sentencia de 22 de abril de 2016. Se analiza en ella una cláusula contractual inserta en un contrato de transporte que pretende excluir de cobertura los daños causados a la mercancía con ocasión de su carga y descarga³³. Como apunta el Tribunal, el problema no es otro que calificar dicha estipulación como delimitadora del riesgo o limitativa de derechos. Finalmente se inclina por entender que se trata de una cláusula limitativa. Y para ello se vale del criterio que proporciona la *descripción legal del tipo contractual realizada por el artículo 58 de la Ley de Contrato de Seguro*, de la que se infiere sin dificultad que un seguro de responsabilidad civil del transportista cubre naturalmente los daños que se causen a la mercancía en las operaciones de carga y descarga³⁴. Y siendo esto así —argumenta con buen criterio el Tribunal—, se hace necesario concluir que la cláusula en cuestión es limitativa de los derechos del asegurado por contravenir las expectativas legítimas y razonables del adherente. Según sus palabras, a la luz de lo dispuesto en el artículo 58 de la Ley de Contrato de Seguro³⁵, «resulta claro que la previsión natural del precepto respecto al momento en que comienza y termina la cobertura puede recortarse convencionalmente (*salvo pacto expreso en contrario*), pero dicho recorte se configura como una cláusula limitativa de los derechos del asegurado; sometida, por tanto, a su peculiar régimen de validez, previsto en el artículo 3 de la Ley de Contrato de Seguro».

Cierto es que seguidamente el Alto Tribunal considera que, en rigor, la cláusula analizada no solo merecería considerarse limitativa de los derechos del asegurado, sino además lesiva *ex* artículo 3 de la Ley de Contrato de Seguro: «Es más, la cláusula no se refiere propiamente a la caída de la mercancía, sino a parte de ella (bultos) e introduce una previsión «de cierre», al decir que se excluyen *cualquiera otros [riesgos] análogos o similares*, de tal indeterminación,

que en la práctica vacía de contenido el aseguramiento. Por lo que *casi nos encontraríamos más ante una cláusula lesiva que ante una meramente limitativa, si entendemos por lesiva aquella que reduce considerablemente y de manera desproporcionada el derecho del asegurado, vaciándolo de contenido, de manera que es prácticamente imposible acceder a la cobertura del siniestro*³⁶. En definitiva, impide la eficacia de la póliza». Baste por ahora solo con apuntar esta idea. La retomaremos más adelante al abordar el control de transparencia real prohibitivo de las cláusulas sorprendentes³⁷.

Todo lo hasta ahora expuesto no debe, sin embargo, llevarnos a concluir que solo son cláusulas limitativas de los derechos del asegurado las que reducen el riesgo en el sentido indicado. En realidad, lo son *todas las que excluyen o limitan cualesquiera derechos legales o contractuales del tomador o asegurado*³⁸. Por ejemplo, dispone la ley que el tomador puede oponerse a la prórroga del contrato mediante una notificación escrita efectuada con un plazo de, al menos, un mes de antelación a la conclusión del periodo de vigencia del seguro en curso. En consecuencia, entraría dentro del concepto de cláusula limitativa una condición general que dispusiera que dicha notificación habría de realizarse necesariamente por correo certificado con acuse de recibo o por vía notarial. La razón de que pongamos aquí especial énfasis en diferenciar las cláusulas limitativas de los derechos del asegurado de las cláusulas de delimitación del riesgo estriba en que en la práctica las cláusulas limitativas que han resultado especialmente controvertidas o problemáticas han sido —y siguen siendo— las que inciden sobre el riesgo. En esta idea repara el Tribunal Supremo en su Sentencia de 22 de abril de 2016 aquí repetidamente aludida. En ella, tras apuntar que desde una perspectiva teórica «la distinción entre cláusulas de delimitación de cobertura y cláusulas limitativas es sencilla», afirma —en la misma dirección que con anterioridad lo había hecho la Sentencia de 25 de noviembre de 2013— que, sin embargo, «en la práctica, no siempre han sido pacíficos los perfiles que presentan las cláusulas delimitadoras del riesgo y las limitativas de los derechos del asegurado»³⁹.

Aclarado lo anterior, es ahora el momento de relacionar las cláusulas de delimitación del riesgo con las limitativas de derechos y con las lesivas o abusivas. Al respecto cabe sostener que se trata de categorías que operan en planos distintos y, por tanto, no excluyentes⁴⁰. Como hemos visto, las cláusulas delimitadoras del riesgo tienen la función de acotar o determinar cuál es el riesgo cubierto y no cubierto por el contrato. Dichas cláusulas *no pueden ser abusivas pero sí limitativas*. Nos explicamos:

a) *No pueden ser abusivas* porque, dada su condición de cláusulas reguladoras de los elementos esenciales o parte económica del contrato (el riesgo —no se olvide— encaja plenamente dentro de estos elementos), no están sujetas a

control de contenido. Y no estando sujetas a este tipo de control, no pueden considerarse abusivas. De ahí que ningún juez pueda decidir que el riesgo acordado en el contrato es insuficiente teniendo en cuenta la cuantía de la prima⁴¹. Y es que, pese a tratarse de una cuestión aún no del todo cerrada en nuestra comunidad jurídica, somos de la opinión de que las estipulaciones negociales relativas a precio y prestación (esto es, al entramado o parte económica del contrato) no pueden ser objeto de control de contenido, por lo que resulta inadmisibles en nuestro ordenamiento un control judicial de precios o del equilibrio económico entre prestaciones al amparo de la cláusula general de control de contenido de las cláusulas contractuales predispuestas⁴². La admisión de dicho control, además de suponer una violación del principio de autonomía de la voluntad, encuentra un obstáculo insalvable en la ausencia de un parámetro normativo conforme al cual valorar si el precio acordado es justo o injusto, por cuanto que la equivalencia entre precio y prestación corresponde al mercado y no al Derecho⁴³.

b) En cambio, estas cláusulas (delimitadoras del riesgo) *sí pueden ser limitativas*. Merecerán esta calificación —como hemos visto— cuando reduzcan el riesgo típicamente asegurado de conformidad con el tipo de contrato y su regulación legal y usual en contraste con las legítimas expectativas del adherente. En este caso su licitud exige inexcusablemente cumplir las exigencias de resalto y aceptación que conforman el régimen de control de transparencia formal (o control de inclusión) de carácter especial que analizamos. Bien entendido que la superación de este control simplemente permite que la cláusula forme parte del contrato (esto es, se incluya o incorpore a él, por cumplir las exigencias de transparencia formuladas por la ley) pero *no garantiza su conocimiento efectivo ni impide que sea objeto de otros controles*, como el *control de transparencia material* al que haremos referencia a continuación, prohibitivo de las *cláusulas sorprendentes* en el sentido que más adelante explicaremos, que sí persigue garantizar el conocimiento real y efectivo de las cláusulas por el asegurado⁴⁴.

Ahora bien, no se olvide, como indicamos más arriba, que el concepto de cláusula limitativa de los derechos del asegurado no se limita solo a las cláusulas que aminoran el riesgo cubierto. Limitativas son también todas las cláusulas que limitan o reducen cualesquiera otros derechos del tomador resultantes de la ley o del contrato. Naturalmente, estas otras cláusulas limitativas pero ajenas al riesgo cubierto y, en general, al entramado económico del contrato sí pueden ser objeto de control de contenido —y, por ende, abusivas—, aun cuando hayan sido especialmente resaltadas por el asegurador y específicamente aceptadas por el tomador o asegurado. Así ha de ser por cuanto que, en general, la noción de cláusula limitativa de los derechos del asegurado —a excepción de aquellas que siendo limitativas desnaturalizan el contrato— opera en el ámbito del control de inclusión o transparencia formal y no prejuzga los resultados de la eventual práctica del control de contenido.

En suma, de todo lo expuesto cabe concluir que dentro de la noción de cláusula limitativa de los derechos del asegurado tienen cabida dos tipos distintos de estipulaciones: a) Están, por un lado, las que reducen el riesgo cubierto por debajo de las expectativas legítimas y razonables del adherente y, en general, cualesquiera otras que *limitan derechos del asegurado o tomador en relación con los elementos esenciales o la parte económica del contrato*. b) Pero están también, por otro lado, las que *limitan o reducen derechos del tomador o asegurado resultantes de la ley o del contrato y no relativos a los mencionados elementos esenciales o entramado económico del negocio*. Mientras que el primer grupo de cláusulas no puede ser sometido a control de contenido, en los términos anteriormente indicados, el segundo, en cambio, sí está sujeto a dicho control. Pero esto no implica que las cláusulas que integran el primer grupo no puedan declararse lesivas para el asegurado. Merecerán considerarse lesivas *ex* artículo 3 de la Ley de Contrato de Seguro cuando no superen el *control de transparencia material prohibitivo de las cláusulas sorprendentes* que abordamos a continuación.

IV. CONTROL DE TRANSPARENCIA MATERIAL PROHIBITIVO DE LAS CLÁUSULAS SORPRENDENTES: PROTECCIÓN DEL CONSENTIMIENTO DEL ASEGURADO

1. PLANTEAMIENTO: CONTROL DE CLÁUSULAS LIMITATIVAS DE LOS DERECHOS DEL ASEGURADO CON EFECTO DESNATURALIZADOR DEL CONTRATO

Una forma de explicar el alcance y significado del *control de transparencia material* que ahora analizamos podría partir de exponer las posibles soluciones que cabría dar a la cláusula analizada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 2016 anteriormente aludida si los hechos hubiesen acaecido de forma distinta al modo en que realmente acontecieron. Pensemos, en efecto, por un momento que la cláusula sobre la que versaba el conflicto enjuiciado por la referida Sentencia (que —recuérdese— dejaba fuera de cobertura los daños y pérdidas acaecidos en las operaciones de carga y descarga) hubiese sido especialmente resaltada en el contrato por el asegurador y aceptada de forma específica por el tomador o asegurado. En tal hipótesis, dos son las posibles soluciones que se abrirían al intérprete:

1.^a) *Primera solución*: Consistiría en entender que en este caso nos encontramos ante una estipulación válida y vinculante para el tomador o asegurado, al tratarse de una cláusula limitativa de los derechos del asegurado que cumple los especiales requisitos de inclusión o incorporación que para este tipo de estipulaciones fija el artículo 3 de la Ley de Contrato de Seguro: especial resalto y aceptación específica y por escrito. Naturalmente, esta valoración de la cláusula

parte de entender que cuando el artículo 3 de la Ley de Contrato de Seguro exige que las llamadas cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados cumplan las exigencias de resalto y aceptación, lo que se persigue no es sino garantizar que en el momento de la celebración del contrato el tomador o asegurado tenga un *conocimiento real y efectivo* de todas las limitaciones que le afectan dentro del entramado negocial. Además, esta solución parece partir de aceptar que las categorías de las cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados y de las cláusulas lesivas son excluyentes: si la cláusula limitativa cumple los requisitos exigidos (especial resalto y aceptación específica y por escrito) es válida, se incorpora al contrato y no puede ser declarada lesiva o abusiva.

2.^a) *Segunda solución*: Estribaría en considerar que en dicho supuesto estamos ante una cláusula, en principio, incluida o incorporada al contrato —por concurrir en ella de forma acumulativa las exigencias de inclusión o incorporación fijadas legalmente—, pero sin que nada impida que pueda ser declarada inválida si se entiende que tiene carácter lesivo para el asegurado *ex* artículo 3 de la Ley de Contrato de Seguro. Esta otra forma de enfocar el asunto se apoya en varias premisas. La primera estriba en entender que las exigencias de especial resalto y aceptación específica y por escrito no garantizan un conocimiento real y efectivo de las cláusulas limitativas por parte del tomador o asegurado sino solo una *posibilidad de conocimiento* (cierto es que *cualificada* —como señalamos más arriba— respecto de la que se deriva del cumplimiento de los requisitos inherentes al control de transparencia formal de carácter general: perceptibilidad, comprensibilidad y entrega al adherente). La segunda premisa consiste en aceptar que la noción de cláusula limitativa de los derechos del asegurado opera en el ámbito del control de inclusión (o transparencia formal) y no prejuzga los resultados de la eventual práctica del control de contenido dirigido a determinar si posee o no carácter lesivo para el asegurado.

En la Sentencia a la que ahora nos referimos el Tribunal Supremo parece decantarse en un primer momento por la primera de las soluciones expuestas, al afirmar, por un lado, que «[c]uando legislativamente se estableció un régimen específico para que determinadas condiciones generales del contrato de seguro alcanzasen *validez*, se estaba pensando precisamente en las cláusulas que restringen la cobertura o la indemnización esperada por el asegurado»; y, por otro lado, que «resulta claro que la previsión natural del precepto [artículo 58 Ley de Contrato de Seguro] respecto al momento en que comienza y termina la cobertura puede recortarse convencionalmente (*salvo pacto expreso en contrario*), pero dicho recorte se configura como una *cláusula limitativa de los derechos del asegurado*; sometida, por tanto, a su peculiar régimen de validez, previsto en el artículo 3 de la Ley de Contrato de Seguro»⁴⁵. Como puede constatar, alude aquí expresamente el Tribunal Supremo al especial «régimen de validez» (*sic*) de las cláusulas limitativas, lo que parece dar a entender que, a su juicio, es válida toda cláusula limitativa que cumpla las exigencias de especial resalto

y aceptación específica por el asegurado, razón por la cual se incorpora al contrato y no puede declararse lesiva.

A continuación, sin embargo, el Alto Tribunal realiza unas consideraciones interesantes en la dirección de la segunda solución antes expuesta. En ellas expresa su parecer de que, en rigor, la estipulación analizada *no solo merecería considerarse limitativa de los derechos del asegurado, sino además lesiva* (ex artículo 3 Ley de Contrato de Seguro): «Es más, la cláusula no se refiere propiamente a la caída de la mercancía, sino a parte de ella (bultos) e introduce una previsión de cierre, al decir que se excluyen *cualesquiera otros [riesgos] análogos o similares*, de tal indeterminación, que en la práctica *vacía de contenido el aseguramiento*. Por lo que casi nos encontraríamos más ante una *cláusula lesiva* que ante una meramente limitativa, si entendemos por lesiva *aquella que reduce considerablemente y de manera desproporcionada el derecho del asegurado, vaciándolo de contenido, de manera que es prácticamente imposible acceder a la cobertura del siniestro*. En definitiva, impide la eficacia de la póliza»⁴⁶.

Estas últimas consideraciones del Tribunal Supremo son de gran interés en la medida en que parecen abrir la puerta al control de transparencia material que abordamos. Como expusimos más arriba, las cláusulas limitativas de los derechos del asegurado pueden ser de dos tipos: A) relativas a los elementos esenciales o parte económica del contrato, y B) referentes a extremos no esenciales. Las primeras, pese a no poder ser sometidas a control de abusividad —ya que los elementos esenciales del contrato quedan al margen de dicho control—, sí pueden ser declaradas lesivas ex artículo 3 de la Ley de Contrato de Seguro. Por otra parte, dentro del primer grupo de cláusulas limitativas podemos distinguir dos subgrupos: a) las que limitan los derechos del asegurado (especialmente el riesgo cubierto) de forma no especialmente intensa y desproporcionada, y b) las que producen ese efecto pero de una manera *desproporcionada*, hasta el extremo de *desnaturalizar el contrato en abierto contraste con las expectativas legítimas y razonables del tomador o asegurado*⁴⁷. Como es natural, habrá de ser el intérprete —normalmente el juez o árbitro— quien en cada caso realice la valoración encaminada a dilucidar si la cláusula enjuiciada produce o no el efecto de desnaturalizar el contrato en el sentido indicado.

Pues bien, aclarado lo anterior, es necesario dejar constancia de que las cláusulas dotadas de un efecto desnaturalizador del negocio en el sentido expuesto, aun sin dejar de ser limitativas, merecen categorizarse, además, como *sorprendentes* —también llamadas sorprendivas, insólitas o inesperadas, esto es las *überraschende Klauseln* del Derecho alemán—, con referencia a aquellas cláusulas que solo pueden considerarse lícitas y eficaces si cuentan con el *conocimiento y la aprobación efectivos* por parte del tomador o asegurado. No en vano, la mejor doctrina define esta categoría de cláusulas como las que, «de acuerdo con las circunstancias y, en especial, con la naturaleza del contrato, resulten tan insólitas o sorprendentes que el adherente, al forjar sus expectativas,

no haya podido contar razonablemente con su existencia»⁴⁸. Al mismo tiempo, esta misma doctrina es clara y rotunda al señalar —con buen criterio— que la eliminación del carácter sorprendente de una cláusula es tarea que corresponde por entero al predisponente, quien con tal fin habrá de asegurarse de que el cliente conozca de forma real y efectiva su existencia, contenido y alcance⁴⁹.

En este sentido son muy interesantes las afirmaciones que realiza el Tribunal Supremo en su Sentencia de 9 de mayo de 2013 sobre cláusulas suelo. Señala en ella el Tribunal que el objetivo del control de transparencia estriba en comprobar que «el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la carga económica que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo». Se requiere, por tanto —como añade el Tribunal en otro lugar de esta importante resolución—, «que la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato»⁵⁰.

Al abordar este asunto no puede perderse de vista que en la realidad de los hechos la utilización de clausulados de condiciones generales de la contratación genera un efecto de opacidad que permite presumir que los adherentes no conocen ni tienen por qué conocer el contenido regulador de aquellas. Y este efecto de opacidad ni siquiera es neutralizado, a nuestro juicio, por las exigencias legales de especial resalto y aceptación específica de las cláusulas limitativas de los derechos del asegurado, encaminadas —según expusimos más arriba— a que los adherentes tengan la posibilidad de conocer las cláusulas limitativas de derechos, pero sin llegar a garantizarles un conocimiento real y efectivo de las mismas. De modo que es razonable partir de la base de que el tomador no conoce las cláusulas limitativas pese a que cumplan las exigencias del control de transparencia formal de carácter especial, a menos que el asegurador demuestre lo contrario.

Por consiguiente, cabe hablar de una *presunción de desconocimiento efectivo de las cláusulas limitativas, aun cuando superan el control de transparencia formal de carácter especial*. Dicha presunción podrá destruirse por el asegurador si demuestra que hubo un conocimiento efectivo de la cláusula en cuestión por parte del tomador o asegurado. Con ese fin podrá recurrir a medios tales

como la correspondencia postal o electrónica intercambiada entre las partes durante la fase de negociación, o incluso la grabación lícitamente efectuada de las conversaciones habidas entre los contratantes. Además, cabría entender que la colocación de la cláusula en la parte del documento contractual destinada a acotar el riesgo cubierto al principio de la póliza permitiría sostener que la cláusula fue o debió ser conocida por el tomador.

La coherencia de la argumentación precedente es más que evidente: si no se controlan los elementos esenciales del contrato por no ser necesario, ya que los adherentes dirigen (o deben dirigir) su atención cuando contratan a los factores que configuran el mercado (precio y prestación), habrá que considerar decisivo y fundamental que las cláusulas relativas a dichos elementos esenciales sean verdaderamente transparentes, ya que solo así no resultarán desvirtuados aquellos factores. De ahí la ilicitud de las cláusulas desnaturalizadoras del contrato que no cumplen esta exigencia de especial transparencia, que son precisamente las denominadas sorprendentes⁵¹. Y de ahí también que haya de relacionarse directamente el control de transparencia material prohibitivo de este tipo de estipulaciones con los *deberes de información precontractuales*, toda vez que la finalidad de este control reside en preservar que el adherente manifieste un consentimiento verdaderamente informado (esto es, actúe con plena libertad de saber) sobre la base de la información que le ha tenido que ser suministrada con carácter previo por el predisponente⁵².

2. ALGUNOS EJEMPLOS DE CLÁUSULAS SORPRENDENTES EN NUESTRA JURISPRUDENCIA SOBRE SEGUROS

Desde un punto de vista técnico, la regla de las cláusulas sorprendentes constituye un requisito de inclusión de carácter negativo, es decir, afecta a cláusulas que han superado los requisitos de inclusión o controles de transparencia formal —tanto el general como especial— pero que por otras razones son expulsadas o desalojadas del contrato⁵³. Se trata de una regla procedente del Derecho alemán cuya formulación fue omitida de manera deliberada y consciente por nuestro legislador —aunque cierto es que con una argumentación muy débil— tanto en la Ley de Condiciones Generales de la Contratación como en el Texto Refundido de Consumidores⁵⁴. Sin embargo, pese a esto, tanto nuestra doctrina⁵⁵ como nuestra jurisprudencia⁵⁶ la han admitido sin mayores problemas.

En el ámbito judicial resulta de interés en el sector del seguro la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 28 de noviembre de 1995⁵⁷. Aunque expresada de modo deficiente, en ella subyace la idea de la prohibición de las cláusulas sorprendentes en el sentido expuesto. El litigio se centraba en este caso en torno al significado y alcance de una cláusula que venía a disponer que «los daños de lluvia serán indemnizados siempre que se registre una pre-

precipitación superior a los 40 litros hora y metro cuadrado». El Juez de primera instancia interpretó, de acuerdo con la literalidad de la estipulación, que los daños producidos por la lluvia solo quedarían incluidos en la cobertura del seguro concertado en caso de que se hubiesen registrado, cuantitativamente, unas precipitaciones de al menos cuarenta litros por metro cuadrado durante el intervalo de una hora, por lo que el siniestro producido se hallaba excluido de la cobertura del seguro.

La Audiencia Provincial, en cambio, estimó que «la cuestión no es tan simple ni la cláusula tan inequívoca y clara», ya que la expresión *precipitaciones* puede interpretarse de dos modos: como cantidad de agua total caída y como intensidad con que ha caído la lluvia. Y de los dos, optó por el segundo, por lo que resolvió que siempre que la intensidad con la que caiga la lluvia sea de cuarenta litros por metro cuadrado y hora, aunque solo hubiese sido durante un segundo, se entendería producido el riesgo. Y ello porque, de interpretar la palabra precipitación en el otro de los sentidos expresados, «se llegaría a dejar sin contenido el contrato [...]. Ni en las gotas frías más famosas se encuentran precipitaciones de ese tenor de manera generalizada [...] *Exigir eso*, que caiga algo más de 40 litros para que esté obligada, *es vaciar de contenido el contrato pues la aseguradora se escaparía del pago*, porque seguro que estaríamos ante una catástrofe», y para tales casos «está el Consorcio y [...] no está la compañía, pues los extraordinarios son riesgos excluidos por definición del seguro, que solo cubre los ordinarios»⁵⁸.

Además, como señala acertadamente más adelante la Audiencia en esta resolución, «[t]al vez si la aseguradora, como le impone la buena fe, hubiese puesto en conocimiento de la actora que en la inmensa mayoría de las ocasiones, casi en todas, en que su industria sufriese daños por agua si no excedían [sic] de 40 litros metro cuadrado el agua caída de manera ininterrumpida durante una hora, estaba sin seguro, con altísima seguridad que no hubiese firmado el contrato con esa compañía, que casi siempre podría encontrar un espacio de tiempo a dividir por el agua caída que diese un cociente inferior a esa cifra. Por ello la cláusula oscura debe perjudicar a quien la pone y entenderse que está no puesta [...]»⁵⁹.

Un caso muy similar al anterior nos lo proporciona la Sentencia de la Audiencia Provincial de Palencia de 3 de abril de 1997, relativa a un contrato de seguro «multi-hogar». Entre los riesgos cubiertos por dicho contrato, se encontraban los daños materiales directamente causados a la vivienda por lluvia, pero solo —según constaba en una de las estipulaciones del contrato— cuando «la precipitación fuera superior a 40 litros por metro cuadrado y hora y viento, siempre que su velocidad superase los 96 km/h.». En opinión de la Audiencia, dicha cláusula merece considerarse abusiva por dejar sin efecto el contrato: «en el caso que nos ocupa y hablando del peor temporal que se recuerda al menos en los últimos treinta años, ninguna racha de viento llegó a alcanzar el

mínimo de cobertura previsto en el condicionado general de la póliza mientras que las precipitaciones fueron irrisorias comparadas con los 40 litros por metro cuadrado y hora que aquel contempla. Nos hallamos por tanto, ante un riesgo de fenómenos meteorológicos que quizá en regiones tropicales sea posible, mas que en estas latitudes, de producirse, resultaría histórico». En rigor, sin embargo, parece que nos encontramos ante una cláusula limitativa de los derechos del asegurado y sorprendente —y, por ende, lesiva—, en la medida en que cabe atribuirle un efecto desnaturalizador del contrato en abierto contraste con las expectativas legítimas y razonables del asegurado⁶⁰.

Si de la llamada jurisprudencia menor pasamos a la jurisprudencia en sentido propio, esto es, a la que emana del Tribunal Supremo, especial relevancia tiene en esta materia la Sentencia de 17 de octubre de 2007. Se discutía en ella acerca de qué debe considerarse *Beneficio Bruto*. En principio, de acuerdo con la normativa contable y la doctrina que la interpreta, este concepto se concibe como «el valor de producción (ventas, más subvenciones, más variación de existencias, más trabajos realizados por la empresa para el inmovilizado), menos las compras netas, los gastos externos y los de personal, esto es, ingresos menos gastos». Sin embargo, una de las condiciones generales del contrato de seguro definía este término de una forma diferente, siendo así que se trataba de un concepto fundamental para el contrato de seguro sobre el que versaba el litigio⁶¹. A juicio del Tribunal Supremo, dicha cláusula ha de considerarse limitativa de los derechos del asegurado habida cuenta de sus efectos. Y a esto añade que se trata de una estipulación «inusual, al establecer un sistema diferente al seguido generalmente por las empresas para la determinación del Beneficio Bruto», y apartarse del concepto fijado por el Plan General de Contabilidad. Razón por la cual concluye que «cabe calificarla como una *cláusula sorpresiva*, según la construcción de la jurisprudencia alemana, en virtud de la cual se negaba la validez de aquellas *disposiciones cuya presencia en el contrato podía considerarse razonablemente como una sorpresa para el cliente*, cuya regla puede enunciarse en el sentido de que *no se consideran incorporadas al contrato aquellas que, de acuerdo con las circunstancias y, en especial, con la propia naturaleza del contrato, resulten tan insólitas que el adherente no hubiera podido contar racionalmente con su existencia*»⁶².

Esta importante Sentencia termina sentando la idea de que la prohibición de las cláusulas sorprendentes se encuentra latente en la prohibición de las cláusulas lesivas para los asegurados que formula el artículo 3 de la Ley de Contrato de Seguro: «En nuestro Derecho, la falta de acogida explícita de la regla de las *cláusulas sorpresivas* en la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios y en la Ley de Condiciones Generales de la Contratación no significa que falte en el ordenamiento positivo español todo vestigio sobre ellas, y tampoco que carezcan de virtualidad, pues, de un lado, existen señales sobre las mismas en la Disposición Adicional 1.^a de la Ley primeramente indicada,

y de otro, en el ámbito de la Ley de Contrato de Seguro dicha pauta late en la prohibición de las cláusulas lesivas para los asegurados».

Por último, cabe también mencionar la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 2016 aquí reiteradamente aludida. En ella el Alto Tribunal coincide con la Audiencia Provincial de Asturias en entender que «la exclusión de cobertura relativa a los daños producidos en las labores de carga y descarga, en tanto que operaciones imprescindibles para la ejecución del contrato de transporte, *resulta sorprendente para el asegurado*, que había contratado un seguro de transporte sobre las mercancías transportadas. Precisamente cuando hay contradicción entre las cláusulas que definen el riesgo y las que lo acotan es cuando puede producirse una *exclusión sorprendente*, en cuanto que ajena al aseguramiento de una mercancía con ocasión de su transporte, entendido como un todo, es decir, no solo como un traslado, sino como una operación compleja que incluye la carga de la mercancía en el medio de transporte (en este caso, el camión), el traslado de un lugar a otro y la descarga para la entrega al destinatario. Como dicen las Sentencias 516/2009, de 15 de julio, y 601/2010, de 1 de octubre, el *carácter limitativo de una cláusula puede resultar del hecho de que se establezca una reglamentación del contrato que se oponga, con carácter negativo para el asegurado, a la que puede considerarse usual o derivada de las cláusulas introductorias o particulares*. El principio de transparencia, que constituye el fundamento del régimen especial de las cláusulas limitativas, opera, en efecto, con especial intensidad respecto de las cláusulas que afectan a la reglamentación del contrato»⁶³.

3. NUEVAS TENDENCIAS LEGISLATIVAS: LA FORMULACIÓN DE LA REGLA DE LAS CLÁUSULAS SORPRENDENTES EN ALGUNAS PROPUESTAS LEGISLATIVAS DE REFORMA DEL DERECHO ESPAÑOL DE CONTRATOS

La regla de las cláusulas sorprendentes aparece formulada en las dos propuestas legislativas que, desde nuestro punto de vista, se presentan en la actualidad como los principales materiales normativos en los que cabe vislumbrar las nuevas tendencias del Derecho español de contratos, en torno a los cuales gira el debate acerca de la configuración que en el futuro ha de tener la teoría general del contrato y de la obligación. Nos referimos a la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos de 2009 y al Anteproyecto de Código Mercantil de 2014 (en especial su Libro Cuarto), elaborados por las Secciones de Derecho Civil y Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación, respectivamente.

En efecto, el malogrado Anteproyecto de Código Mercantil de 2014 contiene una regla prohibitiva de las cláusulas sorprendentes, aunque no la incluye en la regulación del contrato de seguro sino en los preceptos que dedica a las

condiciones generales de la contratación. Según esta regla formulada por el artículo 430-3, apartado 2.º, del Anteproyecto, «[c]arece de eficacia aquella cláusula integrada en condiciones generales cuyo contenido o redacción, material o formal, carezca de razonable previsibilidad para la otra parte del contrato, salvo que esta la acepte expresamente».

En esta norma del Anteproyecto cabe apreciar una clara influencia del artículo 2.1.20 de los Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales⁶⁴. Bajo la rúbrica «cláusulas sorprendentes», este último precepto —que cuenta con dos apartados— dispone lo siguiente: «(1) Una cláusula estándar no tiene eficacia si es de tal carácter que la otra parte no hubiera podido preverla razonablemente, salvo que dicha parte la hubiera aceptado expresamente. (2) Para determinar si una cláusula estándar es de tal carácter, se tendrá en cuenta su contenido, lenguaje y presentación». Como puede leerse en el «Comentario» a esta norma, su finalidad no es otra que «evitar que la parte que utiliza cláusulas estándar adquiera una ventaja injusta imponiendo cláusulas furtivas que la otra parte difícilmente aceptaría si fuera consciente de ellas». A efectos de la correcta interpretación de esta regla, ha de tenerse en cuenta que los Principios Unidroit utilizan la expresión cláusulas estándar para aludir a «aquellas disposiciones contractuales preparadas con antelación por una de las partes para su uso generalizado y repetido sin ser negociadas con la otra parte» [artículo 2.1.19, apartado (2), Principios Unidroit]⁶⁵.

Con relativa facilidad se constata que, de conformidad con los Principios Unidroit y con el Anteproyecto de Código Mercantil, una cláusula puede ser sorprendente no solo por su *contenido*, sino también por su *lenguaje o presentación* (Principios Unidroit) o por su *redacción material o formal* (Anteproyecto de Código Mercantil). Esto se debe a que los Principios Unidroit —y por influencia de estos también el Anteproyecto de Código Mercantil— no formulan los requisitos de inclusión o incorporación de las condiciones generales —esto es, el que aquí hemos dado en llamar control de transparencia formal de carácter general— de forma positiva, concretando de modo expreso qué exigencias formales han de cumplir los predisponentes para asegurarse de que sus cláusulas predispuestas se incorporan válidamente a los contratos que celebran. Su proceder es otro. Consiste en formular dichos requisitos o exigencias a través de la regla de las cláusulas sorprendentes o sorprendentes. Por consiguiente, de conformidad con estos textos jurídicos, una estipulación no solo puede ser sorprendente cuando tiene un *contenido inesperado o sorprendente* para el adherente, sino también cuando se presenta con *caracteres tipográficos muy pequeños* (incumplimiento de la exigencia de la *perceptibilidad*) o cuando es de *difícil comprensión a la vista de la terminología utilizada para expresarla o redactarla* (incumplimiento de la exigencia de la *comprensibilidad*).

En concreto, en el Comentario al artículo 2.1.20 de los Principios Unidroit, bajo la rúbrica «[e]stipulaciones sorprendentes por su termino-

logía o presentación», puede leerse lo que sigue: «Otra de las razones para que una estipulación contenida en cláusulas estándar resulte sorpresiva para la parte adherente puede ser la terminología empleada para expresarla, que puede ser oscura, o la manera en que se presenta tipográficamente, por ejemplo con caracteres muy pequeños». Y a lo anterior añade: «Para determinar si este es el caso, debe tomarse en consideración no tanto la formulación y presentación comúnmente utilizada en este tipo de cláusulas estándar, sino sobre todo a la (*sic*) práctica profesional y experiencia de aquellos que se encuentren en las mismas condiciones que la parte adherente. Así, una misma expresión puede resultar al mismo tiempo oscura o clara, dependiendo de si la parte adherente pertenece a la misma categoría profesional que aquella que utilizó las cláusulas estándar».

A nuestro juicio, la solución elegida en esta materia por los redactores de los Principios Unidroit y del Anteproyecto de Código Mercantil no es la mejor de todas las posibles. Nos parece más coherente y acertado optar por formular de forma expresa y en sentido positivo los requisitos de inclusión o incorporación, y que la regla de las cláusulas sorprendentes juegue como un requisito negativo de inclusión, con referencia a aquellas cláusulas que, pese a haberse incorporado válidamente al contrato por cumplir las exigencias de forma dispuestas a tal efecto por la ley, han de quedar fuera del clausulado contractual en consideración a su contenido sorpresivo, insólito o inesperado. Desde este punto de vista, por tanto, la regla de las cláusulas sorprendentes ha de servir para privar de eficacia a las cláusulas negociales con cuya presencia el tomador o adherente no tiene por qué contar, teniendo en cuenta el contenido material de regulación de la cláusula [1.º)] y las circunstancias concretas que rodearon la celebración del contrato y que desnaturalizan o privan de sentido a este [2.º)].

1.º. En cuanto a lo primero, son cláusulas que regulan asuntos importantes dentro del entramado contractual, es decir, aspectos que suelen ser conocidos y tomados en consideración por el adherente y respecto de los cuales este tiene unas expectativas concretas a la hora de celebrar el contrato. Es claro que nos estamos refiriendo a los elementos esenciales o parte económica del contrato (por ejemplo, el riesgo cubierto). Como se sabe, estas cláusulas relativas a los *essentialia negotii* solo son válidas y vinculantes para el adherente cuando son conocidas por él en el momento de celebrar el contrato⁶⁶.

2.º. En cuanto a lo segundo, es el contexto que rodea la celebración del contrato el que determina cuáles son las expectativas legítimas y razonables del tomador o asegurado dignas de protección frente a la modificación a través de cláusulas *camufladas* dentro del conjunto de condiciones generales: el tipo contractual según la regulación legal y la práctica aseguradora⁶⁷, el carácter duradero de la relación contractual entre los contratantes, la publicidad y otras

actividades de promoción de la contratación llevadas a cabo por el predisponente, el intercambio de correspondencia entre las partes y en general el propio íter precontractual^{68, 69}, etc.

En esta dirección se manifiestan también los redactores de los Principios Unidroit en el «Comentario» al artículo 2.1.20 de los Principios. Se pone allí de manifiesto, en efecto —con referencia a las cláusulas sorprendentes por razón de su contenido—, que «[I]o sorpresivo o inesperado de una cláusula en particular incorporada a cláusulas estándar puede resultar, en primer lugar, del contenido mismo de dicha cláusula», añadiéndose a renglón seguido que «[e]ste sería el caso cuando una persona razonable de la misma condición que la parte adherente no hubiera podido esperar dicha estipulación dentro del tipo de cláusulas estándar de que se trate». Y lo anterior se completa con la indicación de que la determinación de si una estipulación es o no inusual exige tomar en consideración, por una parte, «las estipulaciones regularmente utilizadas dentro del sector comercial de que se trate» y, por otra, «las negociaciones individuales entabladas entre las partes». Con estos parámetros hay, en suma, que determinar si concurre o no el *elemento o factor sorpresa* que es inherente a este tipo de estipulaciones.

Por otra parte, se ha de notar que, según el artículo 430-3, apdo. 2.º, del Anteproyecto de Código Mercantil, las cláusulas sorprendentes son ineficaces a menos que el adherente las acepte expresamente. Y lo mismo dispone el artículo 2.1.20 de los Principios Unidroit. Naturalmente, a la vista de lo hasta aquí expuesto, habrá de entenderse que corresponde al predisponente probar que esta aceptación ha tenido lugar. Para ello no podrá solo alegar que cuenta con la firma del adherente junto a la cláusula sorprendente. Como hemos explicado con anterioridad, somos de la opinión de que dicha firma y, en general, la totalidad de las exigencias dimanantes del control de transparencia formal de carácter especial (especial resalto y aceptación específica y por escrito) no garantizan un conocimiento efectivo de la cláusula por parte del adherente, sino una *mera posibilidad de conocimiento*. El predisponente tendrá que valerse de alguno de los elementos del contexto contractual anteriormente aludidos que le permitan demostrar que en el momento de contratar el adherente conoció la cláusula en cuestión y la consintió (intercambio de documentación entre las partes a lo largo del íter precontractual, etc.). A través de dichos elementos habrá de probar, en suma, que al emitir su consentimiento el adherente tuvo un conocimiento real y completo de *cómo juega la estipulación en cuestión dentro de la economía del contrato*, utilizando algunos de los términos que emplea el Tribunal Supremo en su importante Sentencia de 9 de mayo de 2013 sobre cláusulas suelo⁷⁰.

En una dirección similar a la indicada se expresa el Comentario al artículo 2.1.10 de los Principios Unidroit, cuando señala que «[e]l riesgo de que una parte sea tomada por sorpresa por ciertas estipulaciones no se presenta si estas han sido previamente aclaradas y discutidas con la otra parte. Tampoco existe dicho riesgo si, en el caso concreto, la parte que declaró dichas cláusulas llama la atención de la parte adherente acerca de cierto punto y esta lo acepta. Este artículo, por lo tanto, expresa que una parte no podrá valerse de lo *sorpresivo* de una estipulación cuando la ha aceptado expresamente».

Como apuntamos más arriba, la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos de 2009 también contiene una formulación de la regla de las cláusulas sorprendentes. Esta figura en su artículo 1261.3, que decreta la no incorporación al contrato de las condiciones generales de la contratación que «resulten tan sorprendentes o desacostumbradas que el adherente no pudiera razonablemente contar con ellas en contratos de las características del celebrado». Como se ve, esta formulación sí limita la regla de las cláusulas sorprendentes solo a aquellas que tienen un *contenido* insólito o inesperado⁷¹. En la formulación de esta regla cabe advertir una cierta similitud con la regla que en su momento formó parte del Proyecto y el Anteproyecto de Ley de Condiciones Generales de la Contratación, que disponía la no incorporación al contrato de las condiciones generales «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».

En suma, cabe concluir que con la introducción en el Anteproyecto de Código Mercantil y en la Propuesta de Modernización del Código Civil y de unas reglas como las transcritas, el legislador mercantil del siglo XXI sigue la senda abierta hace ya algún tiempo por otros legisladores en el Derecho comparado. Este es el caso, por ejemplo, del legislador alemán, como se deduce del párrafo 305c (1) del *Bürgerliches Gesetzbuch* —procedente del párrafo 3 de la *AGB-Gesetz*—, según el cual «las cláusulas en condiciones generales de la contratación que, de acuerdo con las circunstancias, especialmente con la apariencia externa del contrato, son tan inusuales que la contraparte contractual del predisponente no debe contar con ellas, no devienen parte del contrato». Por otra parte, como hemos comprobado, sobre algunas de las propuestas de incorporación de la regla de las cláusulas sorprendentes a nuestro ordenamiento es notoria y palpable la influencia del Derecho Uniforme del Comercio Internacional, que no en vano se presenta en la actualidad —y desde hace ya algunas décadas— como el verdadero impulsor del Derecho de contratos contemporáneo (especialmente, la Convención de Viena sobre la compraventa internacional de mercaderías y los Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales).

4. LESIVIDAD DE LAS CLÁUSULAS SORPRENDENTES EN LOS CONTRATOS DE SEGURO:
FALTA DE CONSENTIMIENTO DEL ASEGURADO

Lesivo es todo aquello que «causa o puede causar lesión, daño o perjuicio»⁷². Naturalmente, han de merecer la consideración de lesivas las cláusulas sorprendentes no superadoras del control de transparencia real que abordamos. Pero, en rigor, el concepto de lesividad que aquí manejamos no ha de identificarse con el de abusividad. La doctrina ha venido interpretando sin fisuras que el artículo 3 de la Ley de Contrato de Seguro, al prohibir las cláusulas lesivas, instaura un verdadero mecanismo de control de contenido que se traduce en la interdicción de las cláusulas abusivas, con referencia a aquellas que no se ajustan a la buena fe y al justo equilibrio entre los derechos y las obligaciones de las partes⁷³.

Ahora bien, como se desprende de lo hasta aquí expuesto, las cláusulas sorprendentes, en cuanto referidas a los elementos esenciales o parte económica del contrato, no pueden ser abusivas. Sin necesidad de entrar a valorar si producen o no un desequilibrio injustificado para el adherente —aunque es cierto que normalmente lo producen, en la medida en que comportan una alteración sorpresiva de la onerosidad o carga económica del contrato⁷⁴—, la lesividad de dichas cláusulas deriva de que *no han sido consentidas* por él porque le ha sido hurtado su conocimiento efectivo por parte del adherente.

Desde esta perspectiva —que nos parece la correcta— el control de transparencia material que analizamos se presenta como una manifestación expresa de la *protección del consentimiento negocial* del tomador o asegurado. Se trata de proteger la *libertad de saber* del adherente. Esto es, de evitar que sea engañado mediante cláusulas relativas a extremos esenciales del contrato *camufladas* dentro del clausulado de condiciones generales y que no llegó a aceptar cuando emitió su consentimiento. Sencillamente, porque no pudo ni tan siquiera conocerlas. De ahí que posteriormente se sintiera sorprendido y defraudado en sus expectativas legítimas y razonables.

Por tanto, el *factor sorpresa* presente en estas cláusulas ha de conectarse necesariamente con la *protección del consentimiento negocial*. Si el predisponente hubiese informado al adherente convenientemente sobre la existencia de la cláusula en cuestión antes de la celebración del contrato, de tal forma que este hubiese tenido conocimiento efectivo de su existencia y de las consecuencias que de ella se derivan, la cláusula, en principio, sería lícita —pese a su efecto desnaturalizador del negocio—, pues merecería considerarse fruto de la autonomía de la voluntad de los sujetos contratantes⁷⁵. Aunque quizá en ese caso el contrato no habría llegado a celebrarse, como apuntó con buen criterio la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 28 de noviembre de 1995 sobre daños por lluvia más arriba comentada.

Las cláusulas sorprendentes plantean, pues, un problema de *falta de consentimiento* o, si se prefiere, de *consentimiento viciado*. Al tratarse de cláusulas

relativas a los *essentialia negotii* o entramado económico del contrato, su presencia en un clausulado negocial de condiciones generales permite hablar de un *error esencial*, por afectar a aspectos o elementos de la relación negocial sobre los que descansa directamente la decisión de celebrar el contrato. Dicho error es, además, *excusable*, aun cuando el predisponente haya cumplido la totalidad de las exigencias que se derivan de los controles de transparencia formal (el general y el especial) instaurados por el artículo 3 de la Ley de Contrato de Seguro, ya que no puede reprocharse al adherente que no haya conocido de forma real y efectiva estas cláusulas aun habiendo tenido la posibilidad de conocerlas⁷⁶.

V. CONCLUSIONES

El análisis de los deberes de transparencia que el artículo 3 de la Ley de Contrato de Seguro impone al predisponente a fin de paliar los *déficits de contractualidad* inherentes a la técnica de las condiciones generales de la contratación ha permitido constatar la presencia en dicho precepto de tres controles de transparencia diversos. Con la finalidad de comprender mejor el modo en que se relacionan y articulan entre sí, y el alcance de cada uno de ellos, dichos controles podrían representarte gráficamente a través de *tres círculos concéntricos*. A continuación exponemos el contenido de cada uno de estos círculos y con ello fijamos las conclusiones principales a las que nos han conducido estas reflexiones:

- *Primera:* El *círculo más amplio* de todos se correspondería con el *control de transparencia formal de carácter general*, en cuanto que alcanza a todas las condiciones generales y particulares del contrato de seguro. A todas ellas el artículo 3 de la Ley de Contrato de Seguro les exige que cumplan tres requisitos: a) perceptibilidad y comprensibilidad; b) entrega al asegurado de un ejemplar o copia; y c) suscripción por ese mismo sujeto del documento en el que constan. Como hemos expuesto en las páginas precedentes, estas exigencias persiguen garantizar al adherente una *posibilidad de conocimiento* de las cláusulas predispuestas, pero no implican en modo alguno que tengan que ser efectivamente conocidas por él. Esta es la razón por la que consideramos que este control de transparencia es *formal* y no material.

- *Segunda:* El *círculo intermedio* se identificaría con el *control de transparencia formal de carácter especial*, calificado así, de especial, por no afectar a todas las condiciones del contrato sino solo a las limitativas de los derechos del asegurado. A estas singulares estipulaciones, en efecto, el artículo 3 de la Ley de Contrato de Seguro les impone un plus de transparencia, pues además de cumplir las exigencias dimanantes del control de transparencia formal de carácter general, han de ser especialmente resaltadas en el contrato y aceptadas de forma específica y por escrito por el tomador o asegurado. Pero este mayor

grado de transparencia no implica que el adherente llegue a tener un conocimiento real y efectivo de estas cláusulas, sino tan solo una mera *posibilidad de conocimiento*, aunque cierto es que *aumentada* o *cualificada* en términos comparativos con la que se deriva del control de transparencia formal de carácter general. Por eso entendemos que este control de transparencia especial es también *formal* y no material.

- *Tercera:* Para saber si nos encontramos ante un *cláusula limitativa de los derechos del asegurado*, el intérprete tendría que formularse la siguiente pregunta: ¿podía esperar fundadamente un asegurado o tomador medio que el riesgo excluido por dicha cláusula iba a quedar cubierto por el contrato a la vista del tipo concreto de contrato celebrado según resulta principalmente de la ley que lo regula, de la práctica aseguradora y de las negociaciones que precedieron a su celebración? Obviamente, si la respuesta fuese afirmativa, la cláusula merecería considerarse limitativa de los derechos del asegurado, en la medida en que supondría un recorte manifiesto de las expectativas legítimas y razonables del adherente. En caso contrario, estaríamos ante una cláusula meramente delimitadora del riesgo cubierto por el contrato. En la noción de cláusula limitativa posee, por tanto, gran relevancia la idea de *conferir protección a las expectativas legítimas y razonables del adherente*, siempre naturalmente que se trate de expectativas fundadas en la regulación legal, en la práctica usual y en el contexto en el que se celebra la operación.

- *Cuarta:* Por otra parte, dentro de la noción de cláusula limitativa tienen cabida dos tipos distintos de cláusulas: las que *reducen o limitan los derechos del asegurado o tomador en relación con los elementos esenciales o la parte económica del contrato* (como el riesgo) y las que limitan o reducen derechos del tomador o asegurado resultantes de la ley o del contrato y no relativos a los mencionados elementos esenciales o entramado económico del negocio. Mientras que el primer grupo de cláusulas no puede ser sometido a control de contenido —ya que los elementos esenciales del contrato han de quedar al margen de dicho control— el segundo, en cambio, sí lo está.

- *Quinta:* Ahora bien, lo anterior no implica que las cláusulas integrantes del primero de los grupos aludidos (esto es, las limitativas relativas a los elementos esenciales o parte económica del contrato) no puedan declararse lesivas para el asegurado. Merecerán esta consideración —*ex* artículo 3 de la Ley de Contrato de Seguro— cuando, pese a superar los controles de transparencia formal —el general y el especial—, no superen el *control de transparencia material prohibitivo de las cláusulas sorprendentes*. En la representación gráfica de los controles que aquí proponemos a través de tres círculos concéntricos, este último control se correspondería naturalmente con el *círculo más pequeño*.

- *Sexta:* En rigor, dentro del primer grupo de cláusulas limitativas al que nos referimos —esto es, las relativas a los elementos esenciales del contrato— cabe distinguir dos subgrupos de estipulaciones: a) las que limitan los derechos del

asegurado (especialmente el riesgo cubierto) de forma no especialmente intensa y desproporcionada, y b) las que producen ese efecto pero de una manera *desproporcionada*, hasta el extremo de *desnaturalizar el contrato en abierto contraste con las expectativas legítimas y razonables del tomador o asegurado*. Pues bien, la categoría de las *cláusulas sorprendentes* —también llamadas *sorpresivas, insólitas o inesperadas*— alude a las estipulaciones integrantes del segundo subgrupo. Como es natural, habrá de ser el intérprete —normalmente el juez o árbitro— quien en cada caso realice la valoración encaminada a dilucidar si la cláusula enjuiciada produce o no el efecto de desnaturalizar el contrato en el sentido indicado.

- *Séptima*: Estas cláusulas sorprendentes solo vinculan al adherente si el predisponente puede probar que cuando aquel celebró el contrato las conoció de forma real y efectiva. En caso contrario, se tratará de cláusulas lesivas. Sin necesidad de entrar a valorar si producen o no un desequilibrio injustificado para el adherente —aunque normalmente lo producen, al comportar una alteración sorpresiva de la carga económica del contrato—, la lesividad de estas estipulaciones deriva de *no haber sido consentidas* por el tomador o asegurado. Razón por la cual cabe concluir que las cláusulas sorprendentes plantean un problema de *falta de consentimiento* o, si se prefiere, de *consentimiento viciado por error*.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ALFARO-ÁGUILA REAL, J., *Las condiciones generales de la contratación*, Ed. Civitas, Madrid, 1991.
- Delimitación del riesgo cubierto en un contrato de seguro, disponible en <http://almacenederecho.org>
- BALLESTEROS GARRIDO, J.A., Cláusulas lesivas, limitativas y delimitadoras del riesgo en el contrato de seguro. Jurisprudencia y expectativas razonables del asegurado, en *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 256, 2005, disponible en <http://www.abogadodelconsumidor.com/Delimitacion.pdf>
- CÁMARA LAPUENTE, S., *El control de las cláusulas «abusivas» sobre elementos esenciales del contrato*, Cátedra Garrigues-Thomson Aranzadi, Pamplona, 2006.
- Transparencias, desequilibrios e ineficacias en el régimen de las cláusulas abusivas —un resumen crítico—, disponible en <http://www.elnotario.es>
 - Control de cláusulas predisuestas en contratos entre empresarios, disponible en <http://almacen dederecho.org>
 - El control de cláusulas abusivas sobre el precio: de la STJUE de 3 de junio de 2010 (*Caja Madrid*) a la STS de 9 de mayo de 2013 sobre cláusulas suelo, en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 6, 2013.
- CAÑIZARES LASO, A., Control de incorporación y transparencia de las condiciones generales de la contratación. Las cláusulas suelo, en *Revista de Derecho Civil*, vol. II, núm. 3, julio-septiembre de 2015, disponible en <http://nreg.es/ojs/index.php/RDC>

- CARRASCO PEREA, A. y GONZÁLEZ CARRASCO, C., La STS 241/2013, de 9 de mayo, sobre las «cláusulas suelo» es inconstitucional, en *Diario La Ley*, núm. 8159, 30 de septiembre de 2013.
- CASADO NAVARRO, A., El control de transparencia como llave del control de contenido de las cláusulas contractuales predispuestas, en *La Ley Mercantil*, núm. 11, febrero de 2015.
- CLAVERÍA GOSÁLBEZ, H., *Condiciones generales y cláusulas contractuales impuestas*, Ed. Bosch, Barcelona 2008.
- FONT RIBAS, A., Estudi introductori. Exclusió de cobertura i clàusules limitadores, en AA.VV. (dir. A. Hernández Moreno) *Contrato de seguro: exclusion de cobertura y cláusulas limitativas. La jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la delimitacion del objeto y la limitacion de derechos en el contrato de seguro*, CEDECS, Barcelona, 1998 (disponible en <http://www.ub.es/mercanti/ASS.pdf>).
- GEMENO MARÍN, J.R., Condiciones generales y contrato de seguro, en *Revista Española de Seguros*, núm. 117, 2004.
- GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., Contrato de seguro: condiciones generales; delimitación del riesgo, necesidad de específica aceptación por escrito; imprudencia grave y dolo, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 24, 1990.
- GUISASOLA PAREDES, A., *Cláusulas limitativas de derechos y delimitadoras del riesgo en el contrato de seguro*, EDESA, Madrid, 2000.
- Cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados y cláusulas delimitadoras del riesgo cubierto. Las cláusulas de limitación temporal de la cobertura en el seguro de responsabilidad civil, en *Cuadernos de la Fundación Mapfre*, núm. 36, 1997, disponible en <https://www.Fundaciónmapfre.org/documentacion/publico/i18n/catalogoimagenes/grupo.cmd?path=1050425>).
- ILLESCAS ORTIZ, R., Principios fundamentales del contrato de seguro, en *Revista Española de Seguros*, núm. 157, 2014.
- ISERN SALVAT, M. R., Las condiciones generales del contrato de seguro, en *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 292, 2014.
- MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., El control de transparencia y la validez de las cláusulas suelo, en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 133, 2014.
- MIQUEL GONZÁLEZ, J.M., Comentario al artículo 82 TRDCU, en AA.VV. (dir. Cámara Lapuente), *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, Ed. Colex, Madrid, 2011.
- MIRANDA SERRANO, L.M., La protección del consumidor como ariete de la reforma del viejo Derecho privado; en especial, en la fase previa a la contratación de bienes y servicios, en AA.VV. (dir. Miranda Serrano), *La protección de los consumidores en tiempos de cambio*, Ed. Iustel, Madrid, 2015.
- MIRANDA SERRANO, L.M. y PAGADOR LÓPEZ, J., La regulación de las condiciones generales del contrato de seguro en el Anteproyecto de Código Mercantil, en *Revista Española de Seguros*, núm. 163-164, 2015.
- Condiciones generales y particulares del contrato de seguro: claves de su régimen legal y propuestas de modernización, en *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 40, 2016.
- Integración contractual de condiciones generales y cláusulas predispuestas abusivas: el Tribunal de Justicia de la UE ha debido ser más claro en esta materia, disponible en <http://www.ccopyme.org/articulo.php?a=89>

- MIRANDA SERRANO, L.M. y SERRANO CAÑAS, J.M., Relevancia negocial de la publicidad en los contratos entre empresarios o profesionales. Alegato a favor de la integración publicitaria del contrato más allá de las relaciones de consumo, en *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 18, 2016.
- MUÑOZ PAREDES, M.L., El contrato de seguro en la propuesta de Código Mercantil, en *Revista Española de Seguros*, núm. 155, 2013.
- MUÑOZ PÉREZ, A.F., Las condiciones generales del contrato de seguro en el futuro Código Mercantil, en AA.VV. (dir. Perales Viscasillas, P., Morillas Jarillo, M.J. y Porfirio Carpio, L.), *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al Profesor Rafael Illescas Ortiz*, Universidad Carlos III de Madrid, 2015.
- PAGADOR LÓPEZ, J., *Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas*, Marcial Pons, Madrid, 1999.
- Régimen jurídico de las condiciones generales y particulares del contrato de seguro. (En torno a los conceptos de «cláusula limitativa de los derechos del asegurado», «cláusula de carácter lesivo para el asegurado» y «cláusula de delimitación del riesgo objeto de cobertura»), en *Revista Española de Seguros*, núm. 87, 1996.
 - De nuevo sobre las cláusulas predispuestas relativas a la parte económica del contrato, en *Derecho de los Negocios*, núm. 268, 2013.
 - Título II. Condiciones generales y cláusulas abusivas, en AA.VV. (dirs. Rebollo Puig e Izquierdo Carrasco), *La defensa de los consumidores y usuarios. Comentario sistemático del TRDCU*, Ed. Iustel, Madrid, 2001.
- PLAZA PENADÉS, J., Delimitación del control de transparencia de las condiciones generales de la contratación, sobre la base de la STS de 9 de mayo de 2013 sobre cláusulas suelo, en *Diario La Ley*, núm. 8097, 4 de junio de 2013.
- PERTÍNEZ VÍLCHEZ, F., Cláusulas delimitadoras del riesgo, cláusulas limitativas y transparencia en el contrato de seguro, en *Revista Española de Seguros*, núm. 123-124, 2005.
- *Las cláusulas abusivas por un defecto de Transparencia*, Cizur Menor, 2004.
 - Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario, en *InDret*, 3/2013.
 - Comentario al artículo 80 TRDCU, en AA.VV. (dir. Cámara Lapuente), *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, Ed. Colex, Madrid, 2011.
- PÉREZ ESCOLAR, M., Incorporación al contrato de cláusulas no negociadas. Perspectivas de reforma a la luz del panorama europeo, la Propuesta de Modernización del Código Civil y el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil, en *Anuario de Derecho Civil*, t. LXVIII, 2015.
- PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, J.L., *La póliza y la documentación del contrato de seguro*, Comares, Granada, 2003.
- SANDOVAL SHAIK, D., *Las condiciones generales del contrato de seguro y su control interno e internacional*, Madrid, 2013, tesis doctoral disponible en <http://eprints.ucm.es/23731/1/T34977.pdf>
- SÁNCHEZ GARCÍA, J.M., El control de transparencia sobre los intereses remuneratorios en los contratos de crédito al consumo, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 4, 2014.
- SÁNCHEZ MARTÍN, C., El control de transparencia de condiciones generales y cláusulas predispuestas. Su aplicación en la STS 241/2013, de 9 de mayo, sobre cláusulas suelo en préstamos con garantía hipotecaria, en *Diario La Ley*, núm. 8092, 28 de mayo de 2013.

TAPIA HERMIDA, A.J., «Condiciones generales, cláusulas limitativas y cláusulas abusivas ante la reforma de la Ley de Contrato de Seguro», en *Revista Española de Seguros*, núm. 155, 2013.

VEIGA COPO, A. B., *Condiciones en el contrato de seguro*, Comares, Granada, 2.^a edición, 2008.

NOTAS

¹ La norma general de nuestro ordenamiento en esta materia es el artículo 60 TRDCU, intitulado «Información previa al contrato». Existen, además, como se sabe, otros muchos deberes de información precontractuales tipificados en normas sectoriales protectoras de los consumidores, que no son sino concreciones legislativas expresas del principio de la buena fe objetiva de los artículos 1258 Código Civil y 57 Código de Comercio: v. al respecto las consideraciones que realizamos en MIRANDA SERRANO, «La protección del consumidor como ariete de la reforma del viejo Derecho privado; en especial, en la fase previa a la contratación de bienes y servicios», en AA.VV. (dir. Miranda Serrano), *La protección de los consumidores en tiempos de cambio*, Ed. Iustel, Madrid, 2015, pp. 37 y sigs.

² Así, entre otros, v. PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario, en *Indret*, 3/2013, pp. 13 y sigs. Según el Tribunal Supremo, este control de transparencia solo es aplicable a los contratos de consumo, no a los celebrados entre empresarios o profesionales. En efecto, tras algún titubeo inicial acerca de si el control de transparencia es un control de incorporación reforzado o pertenece, en cambio, al control de abusividad (STS de 9 de mayo de 2014), el Alto Tribunal termina refrendando la segunda solución, al sostener que una cláusula que no supera el control de transparencia es directamente abusiva (SSTS de 24 de marzo de 2015, 23 de diciembre de 2015 y 3 de junio de 2016). Según sus palabras, es la «aproximación entre transparencia y abusividad» lo que «impide que pueda realizarse el control de transparencia en contratos en que el adherente no tiene la cualidad legal de consumidor», pues la legislación española ha optado deliberadamente por no someter a control de abusividad las cláusulas predispuestas insertas en contratos celebrados entre empresarios y/o profesionales (STS de 13 de junio de 2016 y STS de 3 de junio de 2016). Se trata, no obstante, de una cuestión no del todo cerrada, como lo prueba la presencia en esta jurisprudencia de algún voto particular favorable a entender que el control de transparencia ha de reconducirse al control de incorporación y, por tanto, aplicarse también a los contratos celebrados entre empresarios y/o profesionales (v., *ad ex.*, el voto particular del magistrado ORDUÑA MORENO a la STS de 3 de junio de 2016). Además, esta es también la opinión de un cualificado sector doctrinal: v. *ad ex.*, CÁMARA LAPUENTE, Transparencias, desequilibrios e ineficacias en el régimen de las cláusulas abusivas —un resumen crítico—, disponible en <http://www.elnotario.es>; ÍDEM, Control de cláusulas predispuestas en contratos entre empresarios, disponible en <http://almacen.dederecho.org>.

³ V. *Diccionario de la lengua española*, Edición del Tricentenario, disponible en <http://dle.rae.es>

⁴ V. TAPIA HERMIDA, Condiciones generales, cláusulas limitativas y cláusulas abusivas ante la reforma de la Ley de Contrato de Seguro, en *Revista Española de Seguros* (en adelante, *RES*), núm. 155, 2013, pp. 313 y sigs. La mejor doctrina incluye entre los principios fundamentales del contrato de seguro el de «tutela del contratante débil»: v. ILLESCAS ORTIZ, Principios fundamentales del Contrato de Seguro, en *RES*, núm. 157, 2014, pp. 15 y sigs. Y lo mismo hace el Tribunal Supremo: v., *ad ex.*, la STS de 9 de junio de 2012.

⁵ V. MIQUEL GONZÁLEZ, Comentario al artículo 82 TRDCU, en AA.VV. (dir. Cámara Lapuente), *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, Ed. Colex, Madrid,

2011, p. 726, quien añade que «la transparencia es fundamental para garantizar las elecciones de los consumidores en aquello cuya determinación se confía al mercado y a la competencia», con clara referencia a los elementos esenciales del contrato: precio y prestación. También en esta dirección, siguiendo muy de cerca a MIQUEL, v. recientemente, *ad ex.*, CAÑIZARES LASO, Control de incorporación y transparencia de las condiciones generales de la contratación. Las cláusulas suelo, en *Revista de Derecho Civil*, vol. II, núm. 3, julio-septiembre de 2015, pp. 74 y sigs., disponible en <http://nreg.es/ojs/index.php/RDC>

⁶ V. *infra*, epígrafe IV.4.

⁷ En el empleo de esta terminología (*controles de transparencia formal y control de transparencia material*) seguimos al Tribunal Supremo que en su muy conocida y comentada Sentencia de 9 de mayo de 2013 sobre cláusulas suelo empezó a contemplar el control de transparencia desde una doble perspectiva: la *transparencia formal* o *control de inclusión o incorporación*, por un lado, y la *transparencia material* o *control de transparencia* propiamente dicho, por otro. Sobre esta Resolución existe una amplia bibliografía; sin pretensión de exhaustividad, v. al respecto, junto al estudio de PERTÍNEZ VÍLCHEZ ya citado: CÁMARA LAPUENTE, El control de cláusulas abusivas sobre el precio: de la STJUE 3 de junio de 2010 (*Caja Madrid*) a la STS de 9 de mayo de 2013 sobre cláusulas suelo, en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 6, 2013; CARRASCO PEREA y GONZÁLEZ CARRASCO, La STS de 241/2013, de 9 de mayo, sobre las cláusulas suelo es inconstitucional, en *Diario La Ley*, núm. 8159, 30 de septiembre de 2013; MARTÍNEZ ESCRIBANO, El control de transparencia y la validez de las cláusulas suelo, en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil* (en lo sucesivo, *RDBB*), núm. 133, 2014; PLAZA PENADÉS, Delimitación del control de transparencia de las condiciones generales de la contratación, sobre la base de la STS de 9 de mayo de 2013 sobre cláusulas suelo, en *Diario La Ley*, núm. 8097, 4 de junio de 2013; SÁNCHEZ GARCÍA, El control de transparencia sobre los intereses remuneratorios en los contratos de crédito al consumo, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 4, 2014; SÁNCHEZ MARTÍN, El control de transparencia de condiciones generales y cláusulas predispuestas. Su aplicación en la STS de 241/2013, de 9 de mayo, sobre cláusulas suelo en préstamos con garantía hipotecaria, en *Diario La Ley*, núm. 8092, 28 de mayo de 2013; CASADO NAVARRO, El control de transparencia como llave del control de contenido de las cláusulas contractuales predispuestas, en *La Ley Mercantil*, núm. 11, febrero de 2015.

⁸ Hay que recordar, en efecto, que, de conformidad con una línea jurisprudencial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (SSTJU [Sala Primera] de 14 de junio de 2012 [asunto C-618/10; Banco Español de Crédito, S.A. contra Joaquín Calderón Camino], de 30 de mayo de 2013 [asunto C-397/11; Erika Jörös contra Aegon Magyarország Hitel Zrt.] y de 30 de mayo de 2013 [asunto C-488/11; Dirk Frederik Asbeek Brusse y Katarina de Man Garabito contra Jahani BV]), no es conforme con la Directiva sobre cláusulas abusivas una norma interna que disponga que una vez declarada la ineficacia de una o varias cláusulas por abusivas, el juez deberá integrar el contrato y determinar la norma aplicable. Por esa razón fue modificado el TRDCU mediante la Ley 3/2014, que dio nueva redacción a su artículo 83 («Nulidad de las cláusulas abusivas y subsistencia del contrato»). Desde ese momento este precepto dispone que «[l]as cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. A estos efectos, el Juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas». La nueva redacción legal persigue el objetivo de excluir la integración judicial de las lagunas aparecidas en el contrato como consecuencia de la invalidez de las cláusulas abusivas. A nuestro juicio, la interpretación que hace el Tribunal de Justicia en relación con este asunto es desacertada y peligrosa, como hemos tenido oportunidad de desarrollar en MIRANDA SERRANO y PAGADOR LÓPEZ, Integración contractual de condiciones generales y cláusulas predispuestas abusivas: el Tribunal de Justicia de la UE ha debido ser más claro en esta materia, disponible en <http://www.ccopyme.org/articulo.php?a=89>, lugar al que aquí nos remitimos.

⁹ V. *infra*, epígrafes III y IV.

¹⁰ Aunque el legislador se refiere al *asegurado*, se ha de tener en cuenta que en el contrato de seguro no siempre coincide el asegurado con quien celebra el contrato y asume los derechos y obligaciones derivados de él, es decir, el tomador. De ahí que haya de entenderse que el término asegurado *ex* artículo 3 de la Ley de Contrato de Seguro (en adelante, LCS) sirve para aludir tanto al tomador como al asegurado, cuando ambas circunstancias no concurren en un mismo sujeto. Por otra parte, el significado de las nociones a través de las cuales se acota el ámbito de aplicación de la norma, esto es, *condiciones generales*, por un lado, y *condiciones generales y particulares* así como *cláusulas limitativas*, por otro, ha de obtenerse a través del recurso a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (en adelante, LCGC) y al Texto Refundido de Consumidores (en lo sucesivo, TRDCU), dada la indefinición que en esta materia presenta la LCS (en esta dirección nos pronunciamos ya en MIRANDA SERRANO y PAGADOR LÓPEZ, Condiciones generales y particulares del contrato de seguro: claves de su régimen legal y propuestas de modernización, en *Revista de Derecho Patrimonial* [en adelante, *RDPat.*], núm. 40, 2016, p. 35).

¹¹ Que a través de este control se trata de *posibilitar al adherente el conocimiento* del contenido contractual es asunto en el que suele coincidir la mejor doctrina. Así se desprende, por ejemplo, de la definición de control de inclusión que proporciona CLAVERÍA GOSÁLBEZ: «conjunto de medidas impuestas por la ley, *encaminadas a posibilitar y facilitar el conocimiento*, por el adherente, de la existencia, el contenido y el alcance de las cláusulas predispuestas y no negociadas»: v. *Condiciones generales y cláusulas contractuales impuestas*, Ed. Bosch, Barcelona 2008, p. 36 (la cursiva es nuestra). Muy atinadas nos parecen también, en esta dirección, las consideraciones que realiza PAGADOR LÓPEZ, quien afirma que la función del control de inclusión o incorporación estriba en «preservar el último reducto de *contractualidad* respecto de las condiciones generales, garantizando que en el momento de la celebración del contrato el adherente, al menos, *conozca de forma efectiva su existencia y pueda conocer su contenido de regulación material*, bien entendido que ello, sin embargo, no convierte a la declaración negocial de adhesión o aceptación de las condiciones generales en un genuino consentimiento negocial»: v. Título II. Condiciones generales y cláusulas abusivas, en AA.VV. (dirs. Rebollo Puig e Izquierdo Carrasco), *La defensa de los consumidores y usuarios. Comentario sistemático del TRDCU*, Ed. Iustel, Madrid, 2001, pp. 1349 y 1350 (nota 96). En idéntico sentido v. también, entre otros muchos, PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, Comentario al artículo 80 TRDCU, en AA.VV. (dir. Cámara Lapuente), *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, Ed. Colex, Madrid, 2011, p. 697: «La eficacia de estos requisitos formales en el atajo del desequilibrio propio de la contratación predispuesta en los contratos con consumidores es bastante relativa. Su única virtualidad es la de permitir que el consumidor sepa que el contrato estará disciplinado por cláusulas predispuestas unilateralmente por el empresario, y la de atribuirle una *mera posibilidad de conocimiento* del contenido de las mismas, mediante su puesta a disposición con carácter previo a la celebración del contrato (...). *En modo alguno el cumplimiento de estos requisitos garantiza el consentimiento pleno del consumidor* del contenido de las cláusulas predispuestas unilateralmente por el empresario» (la cursiva es nuestra).

¹² Así lo pusimos de relieve en MIRANDA SERRANO y PAGADOR LÓPEZ, Condiciones generales y particulares..., *cit.*, p. 37. Ha de tenerse en cuenta, por otra parte, que, según la disposición adicional 1.^a de la LCS, siempre que la propia LCS exija que el contrato de seguro o cualquier otra información relacionada con el mismo conste por escrito, este requisito se entenderá cumplido si el contrato o la información se contienen en papel u otro soporte duradero que permita guardar, recuperar fácilmente y reproducir sin cambios el contrato o la información; previsión que se corresponde con la de carácter más general que formula el artículo 23.3 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, conforme al cual, «[s]iempre que la Ley exija que el contrato o cualquier información relacionada con el mismo conste por escrito, este requisito se entenderá satisfecho si el contrato o la información se contiene en un soporte electrónico».

¹³ Sobre las novedades que en relación con él se introducen en el malogrado Anteproyecto de Código Mercantil de 2014, muy influenciado por los Anteproyectos de la LCS publicados en 2010 y 2011, v. las consideraciones que realizamos en MIRANDA SERRANO y PAGADOR LÓPEZ, La regulación de las condiciones generales del contrato de seguro en el Anteproyecto de Código Mercantil, en *RES*, núm. 163-164, 2015, pp. 331 y sigs., y más tarde en ÍDEM, Condiciones generales y particulares, *cit.*, pp. 46 y sigs.

¹⁴ La STS de 3 de junio de 2016, por citar alguna de las más recientes, menciona como formas de especial resalto la utilización de «otro tipo de letra, mayor tamaño de la misma, subrayado o procedimiento similar» (*sic*). En el caso enjuiciado por esta Resolución, el Alto Tribunal declaró existencia de infracción del artículo 3 LCS por tratarse de una cláusula limitativa que, aunque aceptada por el tomador a través de su firma, sin embargo, no aparecía destacada en la póliza.

¹⁵ V., *ad ex*, los autores (SÁNCHEZ CALERO, ILLESCAS ORTIZ, EMBID IRUJO) que recientemente cita ISERN en Las condiciones generales del contrato de seguro, en *Revista de Derecho Mercantil* (en lo sucesivo, *RDM*), núm. 292, 2014, pp. 467 y 468.

¹⁶ Que ha manifestado su opinión favorable a entender que la constancia gráfica de las cláusulas limitativas debe hacerse de forma que resalten sobre el modo común de redactar la póliza «bien porque se emplea una tipografía especial que llame la atención, bien porque se recojan en apartados especiales que las destaquen sobre la expresión general de la póliza».

¹⁷ Podría resultar dudoso si en los casos en que la condición de tomador y la de asegurado no concurren en la misma persona, esa exigencia legal ha de cumplirse respecto del tomador, respecto del asegurado o respecto de ambos. La cuestión se planteó en el asunto resuelto por la STS de 17 de noviembre de 2015, la cual ha declarado que «en los seguros individuales es el tomador el que debe suscribir la póliza aceptando, en su caso, las condiciones limitativas, de ahí que las condiciones contractuales convenidas por el tomador se extienden al asegurado que no es necesario que se adhiera» (Fundamento de Derecho 4.º).

¹⁸ V. ILLESCAS ORTIZ, El lenguaje de las pólizas de seguro, en AA.VV. (dir. VERDERA Y TUELLS), *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, Madrid, 1982, p. 364; PAGADOR LÓPEZ, Régimen jurídico de las condiciones generales y particulares del contrato de seguro. (En torno a los conceptos de «cláusula limitativa de los derechos del asegurado», «cláusula de carácter lesivo para el asegurado» y «cláusula de delimitación del riesgo objeto de cobertura»), en *RES*, núm. 87, 1996, p. 124; entre otros.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ En palabras de EMBID IRUJO, Comentario al artículo 3..., *cit.*, p. 14, es también posible «como, al parecer, sucede en la práctica, que dicho conjunto de cláusulas limitativas se agrupe en un formulario específico al pie del cual se consigne una sola firma del asegurado».

²¹ Pues no son pocos los autores que entienden que las cláusulas limitativas son válidas (y, por ende, efectivamente conocidas por el adherente) siempre que cumplan las exigencias legales de especial resalto y aceptación específica por escrito.

²² No obstante, un sector doctrinal pone de manifiesto que, aunque para hablar de conocimiento efectivo no basta con el cumplimiento de los clásicos requisitos de inclusión, pues estos solo garantizan una posibilidad de conocimiento, sí puede bastar, sin embargo, con «una posibilidad de conocimiento cualificada (*qualifizierte Kenntnismöglichkeit*)», en función de la importancia objetiva de la cláusula y de su relevancia en cuanto a la decisión de contratar del cliente»: v. PAGADOR LÓPEZ, Título II. Condiciones generales..., *cit.*, p. 1370.

²³ De cara al futuro, en las nuevas tendencias que en relación con esta materia se vislumbran en el Anteproyecto de Código Mercantil de 2014 se aprecian algunas diferencias importantes: mientras que el artículo 3 LCS exige —como acabamos de ver— aceptación específica y por escrito de las cláusulas a las que nos referimos, el Anteproyecto, en cambio, se limita a requerir genéricamente que sean aceptadas por el tomador. No se exige, pues, al menos de forma expresa, ni que la aceptación sea específica, es decir, exclusivamente referida a la cláusula o cláusulas limitativas, ni que tenga lugar por escrito, esto es, mediante la estampación manuscrita de la firma del tomador. De este asunto y de algún cambio más —de

cierta relevancia— incluido en el Anteproyecto en relación con este control de transparencia formal de carácter especial nos hemos ocupado en MIRANDA SERRANO y PAGADOR LÓPEZ, *La regulación de las condiciones...*, *cit.*, pp. 344 y sigs.; ÍDEM, *Condiciones generales y particulares...*, *cit.*, pp. 57 y sigs.

²⁴ Pese a ello, no cabe dudar de que merecen dicha consideración las cláusulas que excluyen la responsabilidad del asegurador en los casos de conducción de vehículos en estado de embriaguez o bajo los efectos de drogas o estupefacientes, las de exclusión de determinadas personas como perjudicadas en algunos seguros de responsabilidad civil, las que excluyen la responsabilidad del asegurador en caso de que el siniestro se deba a imprudencia del asegurado, o las denominadas *cláusulas claims made* en el ámbito del seguro de responsabilidad civil, entre otras. La jurisprudencia relativa a este tipo de cláusulas es muy abundante. También la doctrina que la analiza. Junto a los autores que aparecen citados *infra*, en las notas siguientes, v. también al respecto, entre otros, VEIGA COPO, *Condiciones en el contrato de seguro*, Comares, Granada, 2.^a edición, 2008.

²⁵ Un punto de inflexión dentro de ella lo marca la STS de 11 de septiembre de 2006 (del Pleno), que ha pasado a ser reiteradamente citada —prácticamente como una cláusula de estilo— cada vez que se discute acerca del modo en que ha de ser interpretado el artículo 3.1 LCS. Sobre esta jurisprudencia v. la recopilación que realiza LATORRE CHINER en AA.VV. (coords. Bataller Grau, Boquera Matarredona y Olavarría Iglesia), *El contrato de seguro en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Valencia, 2013, pp. 53 y sigs. También al respecto, entre otros: GUISASOLA PAREDES, *Cláusulas limitativas de derechos y delimitadoras del riesgo en el contrato de seguro*, EDESA, Madrid, 2000; PAGADOR LÓPEZ, *Régimen jurídico...*, *cit.*, *passim*; FONT RIBAS, *Estudi introductori. Exclusió de cobertura i clàusules limitadores*, en AA.VV. (dir. A. Hernández Moreno) *Contrato de seguro: exclusion de cobertura y cláusulas limitativas. La jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la delimitación del objeto y la limitación de derechos en el contrato de seguro*, CE-DECS, Barcelona, 1998 (disponible en <http://www.ub.es/mercantil/ASS.pdf>); PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *Cláusulas delimitadoras del riesgo, cláusulas limitativas y transparencia en el contrato de seguro*, en *RES*, núm. 123-124, 2005; TAPIA HERMIDA, *Condiciones generales, cláusulas limitativas...*, *cit.*; GEMENO MARÍN, *Condiciones generales y contrato de seguro*, en *RES*, núm. 117, 2004.

²⁶ V. una exposición de las principales soluciones mantenidas por la doctrina sobre este asunto en SANDOVAL SHAIK, *Las condiciones generales del contrato de seguro y su control interno e internacional*, Madrid, 2013, pp. 342 y sigs. (tesis doctoral disponible en <http://eprints.ucm.es/23731/1/T34977.pdf>). Como exponemos y desarrollamos con mayor detenimiento en otro lugar (v. MIRANDA y PAGADOR, *Condiciones generales y particulares...*, *cit.*, pp. 39 y sigs.) un sector doctrinal ha expresado su opinión contraria a la elaboración por la doctrina de la categoría de las cláusulas de delimitación del riesgo, toda vez —se alega— que el artículo 3 LCS no emplea esta expresión ni se refiere a ellas de forma expresa (v. BALLESTEROS GARRIDO, *Cláusulas lesivas, limitativas y delimitadoras del riesgo en el contrato de seguro. Jurisprudencia y expectativas razonables del asegurado*, en *RDM*, núm. 256, 2005, pp. 502 y sigs.; disponible también en <http://www.abogadodelconsumidor.com/Delimitacion.pdf> —lugar al que van referidas nuestras citas— pp. 6 y sigs., 24 y sigs., y 57 y sigs.). A su juicio, la distinción entre cláusulas limitativas y cláusulas de delimitación del riesgo es artificiosa y responde únicamente a la finalidad de sustraer las segundas a las especiales exigencias a que la LCS somete las primeras (v. este sentido, BALLESTEROS GARRIDO, *últ. cit.*, y en una dirección muy similar PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *Cláusulas delimitadoras del riesgo...*, *cit.*, *passim*). Ahora bien, esta crítica parte de la base de que la distinción asumida entre cláusulas limitativas y de delimitación del riesgo hace de ellas dos categorías excluyentes: si una cláusula es limitativa no podrá ser delimitativa, y, a la inversa. Planteada en estos términos la distinción, la crítica debe ser compartida. Pero no es así. Buena parte de la doctrina criticada sostiene que algunas cláusulas delimitativas pueden recibir la consideración legal de cláusulas limitativas. Y sin que ello suponga desvirtuar la distinción.

²⁷ V., *ad ex.*, las consideraciones que en esta dirección realiza FONT RIBAS, Estudi..., *cit.*, pp. 5 y sigs., quien subraya, entre otras cosas, que «el riesgo ocupa una posición central y esencial en la definición legal del contrato», a lo que añade que. «sea cual sea la posición que se mantenga lo que sí es cierto es que sin riesgo no hay seguro» (p. 19).

²⁸ La cursiva es nuestra.

²⁹ *Ibidem.*

³⁰ En la doctrina civilista GONZÁLEZ PACANOWSKA pronto se hizo eco de estas expectativas, al apuntar que un sector de la doctrina alemana (en concreto, cita a WEYERS) admite que el asegurador ha de definir el tipo de riesgo que desea cubrir, pero que en los detalles y particularidades es factible que se active el control judicial —pese a ser el riesgo elemento esencial del contrato—; «en particular —añadía esta autora—, para ver si la descripción general del tipo de seguro, lo que se hubiera publicitado, etc., se corresponde en sus detalles con el ámbito de protección que puede *razonablemente esperarse*» (la cursiva es nuestra): v. Contrato de seguro: condiciones generales; delimitación del riesgo, necesidad de específica aceptación por escrito; imprudencia grave y dolo, en *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil (CCJC)*, núm. 24, 1990, p. 1209. Pero fue sobre todo PAGADOR LÓPEZ, en la doctrina mercantilista, quien más tempranamente desarrolló esta relevante idea de las expectativas legítimas y razonables, clave para interpretar cabalmente el alcance del artículo 3.1 LCS: v. las muy atinadas e interesantes consideraciones acerca de la interpretación del artículo 3 LCS que realiza en Régimen jurídico..., *cit.*, pp. 107 y sigs. En palabras más recientes de este último autor, son cláusulas limitativas las que al delimitar el riesgo «excluyen siniestros que de ordinario o usualmente quedan comprendidos dentro del mismo»; añadiendo seguidamente que «al objeto de verificar si sucede esto último, ha de tomarse en consideración las circunstancias concretamente concurrentes y, en particular, cuál sea la modalidad de contrato de seguro de que se trata y cuáles los riesgos habitual o típicamente comprendidos en su ámbito de cobertura»: v. Título II. Condiciones generales..., *cit.*, pp. 1326 y 1327.

³¹ Entre nosotros, PAGADOR LÓPEZ alude a este principio (*ex art. 61 TRDCU*) como indicio normativo a favor de sostener que la regla de las cláusulas sorprendentes tiene acogida en nuestro TRDCU. En su opinión —que compartimos—, la ineficacia de las condiciones generales que defraudan las expectativas legítimas y razonables de los adherentes basadas en la publicidad se explica desde un punto de vista técnico «por razón de su carácter sorprendente»: v. «Título II. Condiciones generales...», *cit.*, p. 1367.

³² Como exponemos y desarrollamos en MIRANDA SERRANO y SERRANO CAÑAS, Relevancia negocial de la publicidad en los contratos entre empresarios o profesionales. Alegato a favor de la integración publicitaria del contrato más allá de las relaciones de consumo, en *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución* (en lo sucesivo, *RDCD*), núm. 18, 2016, pp. 2 y sigs., las principales reglas que explican el alcance de este principio son básicamente las siguientes: 1.ª) El contenido del contrato prevalece sobre el contenido de la publicidad únicamente cuando se trate de cláusulas especialmente negociadas por las partes; circunstancia que habrá de ser probada en cada caso por el sujeto que ocupe la posición de proponente u oferente del bien o servicio de que se trate. 2.ª) La publicidad prevalece sobre el contenido contractual cuando las cláusulas negociales han sido elaboradas por el proponente a través de la técnica de las condiciones generales de la contratación. 3.ª) Sin embargo, la regla anterior decae y, por tanto, prevalece el contrato sobre la publicidad, cuando las cláusulas negociales, pese a ser resultado de la técnica de las condiciones generales de la contratación, se refieren a los elementos esenciales del contrato (precio y prestación), ya que en dichos supuestos las diferencias entre publicidad y contrato son usualmente advertidas por los clientes en el momento de contratar. 4.ª) Como excepción a la regla precedente, el contenido de la publicidad prevalece sobre las cláusulas negociales relativas a los elementos esenciales en contratos celebrados a través de condiciones generales en los casos en que dichas cláusulas merezcan la consideración de *sorprendentes*, esto es, hayan sido incluidas de forma oscura y no transparente dentro del entramado de condiciones generales de la contratación.

³³ En concreto, el artículo 4.2 de la póliza del contrato excluía «las pérdidas, daños y gastos que fueran causados por o a consecuencia de: caída de bultos en las operaciones de carga y descarga».

³⁴ Artículo 58 LCS: «Salvo pacto expreso en contrario, se entenderá que la cobertura del seguro comienza desde que se entregan las mercancías al porteador para su transporte en el punto de partida del viaje asegurado, y terminará cuando se entreguen al destinatario en el punto de destino, siempre que la entrega se realice dentro del plazo previsto en la póliza. No obstante, cuando se pacte expresamente, el seguro puede extenderse a los riesgos que afecten a las mercancías desde que salen del almacén o domicilio del cargador para su entrega al transportista hasta que entran para su entrega en el domicilio o almacén del destinatario».

³⁵ V. *supra*, nota precedente.

³⁶ La cursiva es nuestra.

³⁷ V. *infra*, epígrafe IV.

³⁸ Señala, *ad ex.*, PÉREZ SERRABONA que existe consenso en nuestra comunidad jurídica en entender que es cláusula limitativa toda aquella que de algún modo, de forma tanto directa como indirecta, limita derechos de los asegurados, ya sea cercenando los que les reconoce la ley o el contrato, ya sea imponiéndole nuevas obligaciones: v. *La póliza y la documentación del contrato de seguro*, Ed. Comares, Granada, 2003, pp. 91 y sigs.

³⁹ V. también en idénticos términos la STS de 19 de julio de 2016.

⁴⁰ Así lo apuntan, *ad ex.*, PAGADOR LÓPEZ, Régimen jurídico..., *cit.*, p. 102, y FONT RIBAS, Estudi..., *cit.*, p. 12. También lo pusimos de manifiesto ya en MIRANDA SERRANO y PAGADOR LÓPEZ, Condiciones generales..., *cit.*, pp. 19 y sigs.

⁴¹ V. en esta dirección, *ad ex.*, FONT RIBAS, Estudi..., *cit.*, pp. 5 y sigs., quien, entre otras cosas, pone de manifiesto que «es obvio que nunca podrán considerarse tampoco lesivas las condiciones que regulen aspectos esenciales del contrato, es decir, los presupuestos básicos sobre los que recae el consentimiento (*Hauptbedingungen*), entre las cuales hay que incluir, necesariamente, las cláusulas que delimitan el riesgo que va a ser objeto de la cobertura».

⁴² Sin embargo, la situación legal española es un tanto peculiar: de ordinario se esgrime el artículo 4.2 de la Directiva sobre cláusulas abusivas como fundamento en que se sustenta la sustracción a control de contenido de la relación entre precio y prestación, y, sin embargo, al incorporar esta Directiva a nuestro ordenamiento interno, desapareció la previsión del Proyecto de Ley que recogía la correspondiente norma, en lo que se interpreta como un *error negligente* del legislador (v. CÁMARA LAPUENTE, *El control de las cláusulas abusivas sobre elementos esenciales del contrato*, Aranzadi, Pamplona, 2006, sobre todo, pp. 61 y sigs.). Se plantea, por eso, el problema de si ha de estimarse que la deliberada decisión de no incluir el tenor del artículo 4.2 de la Directiva en el articulado de la LGDCU —y, por tanto, del TRDCU— supone que en el Derecho español, contra el principio sentado por aquel precepto, las cláusulas reguladoras de los *essentialia negotii* sí pueden ser sometidas a control de contenido. La doctrina más atenta (entre otros, los profesores MIQUEL RODRÍGUEZ, ALFARO ÁGUILA-REAL, CÁMARA LAPUENTE y PERTÍÑEZ VÍLCHEZ) se ha opuesto a esta interpretación, con argumentos que deben ser compartidos (v. al respecto PAGADOR LÓPEZ, De nuevo sobre las cláusulas predispuestas relativas a la parte económica del contrato, en *Derecho de los Negocios* —en adelante, *DN*—, núm. 268, 2013, pp. 7 y sigs. y doctrina allí citada). Por tanto, la falta de reproducción del artículo 4.2 de la Directiva en el TRDCU no permite la práctica de un control heterónomo de precios, y ello por dos razones: 1.^a) porque es incompatible con el principio de seguridad jurídica (art. 9 CE), además de muy difícilmente practicable (¿cuál sería el criterio o parámetro de referencia para juzgar acerca del carácter abusivo de un precio?) y 2.^a) porque es dudosa su licitud en el sistema económico constitucional español, en el que la fijación de los precios se confía, como regla general, al mercado, lo que puede ser excepcionado mediante ley, pero no de forma general o indiscriminada (art. 38 CE). Ahora bien esta opinión no es unánime. En el ámbito del contrato de seguro destaca entre los defensores de la interpretación contraria BALLESTEROS GARRIDO, Cláusulas lesivas..., *cit.*, pp. 7 a 15. A su juicio, la extensión del control de contenido a la relación calidad-precio

constituye una opción consciente del legislador español, que, si pudo ser debida inicialmente a error, ha podido ser corregida después, sin que hasta el momento lo haya sido. Añade a lo anterior este autor que no se trata de una opción insólita desde el punto de vista del Derecho comparado, y parece concluir que dicho control será posible siempre que no lo lleve a cabo el mercado, especialmente cuando el profesional predisponente no esté dispuesto a negociar con el consumidor los elementos esenciales del contrato (pero no aclara qué debe entenderse a este efecto por *negociación*, aunque parece identificarla con el mero *regateo*). Lo anterior le conduce a afirmar (p. 11) que, en el caso del contrato de seguro, «en primer lugar, habrá que comprobar que realmente se han tomado en cuenta los costes actuariales para fijar la prima, calculando un beneficio empresarial razonable». No compartimos la opinión de BALLESTEROS GARRIDO. Además de que la falta de introducción del artículo 4.2 de la Directiva fue, como se admite mayoritariamente y pone de relieve la consulta del material parlamentario, un *error negligente* del legislador, existen otros argumentos que permiten llegar a la misma conclusión; y en el caso concreto del contrato de seguro, lo era el artículo 25.3 de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, que tras exigir que las tarifas de primas satisficieran el principio de suficiencia, establecía que *responderán al régimen de libertad de competencia en el mercado de seguros*, omitiendo, así, la anterior referencia expresa al principio de equidad (*cfr.* su art. 23.3); y lo es ahora el artículo 94.2 de la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras, que ha derogado el texto de 2004.

⁴³ V. así buena parte de los autores citados *supra*, en la nota precedente; entre ellos recientemente insiste en esta idea PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, «Falta de transparencia y carácter abusivo...», *cit.*, p. 9, quien añade que estos obstáculos a la aceptación de un control judicial del equilibrio entre precio y prestación (ofrecidos a la comunidad jurídica por BRANDNER y ULMER) han devenido ya en un clásico.

⁴⁴ Como argumentó con rigor y claridad PAGADOR LÓPEZ hace ya algunos años —en contra de una opinión doctrinal contraria bastante extendida—, no puede aceptarse que la LCS (art. 3) admite la validez de las cláusulas limitativas siempre que reúnan los requisitos de especial resalto y aceptación específica y por escrito y, en cambio, no admite en ningún caso la validez de las cláusulas lesivas. En rigor, «lo que la LCS admite en todo caso es la incorporación de las cláusulas limitativas al contrato, siempre que reúnan los requisitos de inclusión legalmente exigidos, pero nada más, o, si se prefiere, admite su incorporación al contrato sin perjuicio de que posteriormente sean sometidas a control de lesividad»: v. Régimen jurídico..., *cit.*, p. 106. No obstante, un relevante sector doctrinal aún sigue sosteniendo que las cláusulas limitativas de derechos son aquellas «que deberán destacarse de modo especial en la póliza y ser aceptadas específicamente por el asegurado *para admitirse como válidas*»: v. TAPIA HERMIDA, Condiciones generales, cláusulas limitativas..., *cit.*, p. 315 (la cursiva es nuestra).

⁴⁵ La cursiva es nuestra.

⁴⁶ La cursiva es nuestra.

⁴⁷ Como ha observado la doctrina al analizar la LCGC y el TRDCU (arts. 80 y sigs.), no todas las cláusulas que afecten de cualquier forma a los elementos esenciales del contrato quedan fuera del control de contenido: así, siguiendo a PAGADOR, v. MIQUEL GONZÁLEZ, «Comentario al artículo 82 TRDCU», *cit.*, p. 729.

⁴⁸ En este sentido, v., tras PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, PAGADOR LÓPEZ, «Título II. Condiciones generales...», *cit.*, p. 1369. En el ámbito del contrato de seguro v. en la misma dirección, entre otros, FONT RIVAS, Estudi..., *cit.*, p. 32, quien sostiene que «las cláusulas de exclusión de riesgo, en la medida en que delimiten el riesgo cubierto de *forma inusual o exorbitante* y creen, por tanto, una situación de desequilibrio de las prestaciones, pueden llegar a considerarse *lesivas* para el asegurado, en cuanto *sorprendentes*» (aunque añade que no pueden considerarse limitativas de derechos por cuanto que «no puede limitarse lo que no existe»). Entre los primeros autores que al analizar monográficamente las condiciones generales se ocuparon de este tipo de estipulaciones v. ALFARO-ÁGUILA REAL,

Las condiciones generales de la contratación, Ed. Civitas, Madrid, 1991, pp. 274 y sigs.; PAGADOR LÓPEZ, *Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas*, Marcial Pons, Madrid, 1999, p. 454.

⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁰ La cursiva es nuestra.

⁵¹ V. MIQUEL GONZÁLEZ, Comentario al artículo 82 TRDCU, *cit.*, p. 729.

⁵² Así, aunque a propósito del control de transparencia de las cláusulas suelo tal como ha sido configurado por el Tribunal Supremo en sus Sentencias, v. PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, Falta de transparencia y carácter abusivo..., *cit.*, pp. 17 y sigs. y tras él, entre otros, CASADO NAVARRO, El control de transparencia como llave..., *cit.*, pp. 53 y sigs. En concreto, señala PERTÍÑEZ que «el consumidor tiene derecho a conocer los elementos esenciales del contrato sin necesidad de una ocupación intensiva y no el deber de procurarse este conocimiento mediante la lectura de farragosos clausulados contractuales, que en el fondo es lo único que posibilita el cumplimiento de los requisitos de inclusión» (p. 13).

⁵³ V. ALFARO ÁGUILA-REAL, *Las condiciones...*, *cit.*, pp. 274 y 275; PAGADOR LÓPEZ, *Condiciones generales y cláusulas...*, *cit.*, p. 454; ÍDEM, Título II. Condiciones generales..., *cit.*, pp. 1363 y sigs.

⁵⁴ Al respecto v. PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia*, Cizur Menor, 2004, especialmente pp. 193 y sigs.; PAGADOR LÓPEZ, Título II. Condiciones generales..., *cit.*, pp. 1363 y sigs.; entre otros.

⁵⁵ V., en particular, el conjunto de *indicios normativos* que expone y analiza PAGADOR LÓPEZ con vistas a sostener la acogida implícita —pero, a su juicio indudable— de la regla de las cláusulas sorprendentes en el TRDCU: Título II. Condiciones generales..., *cit.*, pp. 1366 a 1368. MIQUEL GONZÁLEZ lamenta la supresión de la regla sancionadora de las cláusulas sorprendentes tal como inicialmente figuraba en el Proyecto de LCGC, dada su idoneidad para comprender el control de transparencia, pero añade que dicha regla «debe quedar comprendida en la regla general de la buena fe y el justo equilibrio de prestaciones»: v. «Comentario al artículo 82 TRDCU», *cit.*, p. 728. CAÑIZARES LASO, por su parte, entiende que aunque es cierto que el legislador español no formula esta regla en la legislación vigente, también lo es que tampoco prohíbe su utilización: v. Control de incorporación y transparencia..., *cit.*, p. 77.

⁵⁶ A continuación aludimos a algunos ejemplos de cláusulas sorprendentes enjuiciadas por los tribunales en el sector del seguro. Al margen de este sector, y en concreto en el ámbito de la contratación bancaria y financiera, un buen ejemplo de cláusula sorprendente nos lo proporciona recientemente el asunto de las *cláusulas suelo*. En efecto, a la hora de celebrar un contrato de préstamo hipotecario el adherente tiene en cuenta generalmente el precio, es decir, el tipo de interés a satisfacer por el dinero prestado. Normalmente, tanto en la publicidad de las entidades de crédito como en las conversaciones que preceden a la celebración del contrato, este se expresa mediante el interés nominal aplicable que en la mayor parte de los casos es variable y suele consistir en un tipo de referencia (el EURIBOR) junto con un diferencial (EURIBOR más 2, por ejemplo). Si nada más se decía el cliente contaba con que pagaría EURIBOR más 2. En este contexto si una cláusula no efectivamente conocida aunque genéricamente aceptada establece que el tipo mínimo a pagar será el 5%, está contraviniendo de modo ilícito las legítimas expectativas del adherente. Esa misma cláusula, en caso de haber sido efectivamente conocida por el adherente, sería inobjetable. Es decir, lo que plantea es un problema de transparencia o, mejor, de falta de transparencia. Otro ejemplo de cláusula sorprendente nos lo facilita la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Málaga de 1 de septiembre de 2006 (que cita PERTÍÑEZ VÍLCHEZ en Comentario al art. 80 TRDCU, *cit.*, p. 707). En ella se consideró nula por abusiva la cláusula de un contrato de compra de un billete de avión por Internet por cuanto que contenía escondida en el clausulado de condiciones generales del operador la aplicación de un cargo de 13 euros. Y es que, como sostuvo el Tribunal en esta resolución, tratándose —como se trataba en este caso— del precio (elemento esencial del contrato), el predisponente tenía que haber aportado una información sobre dicho cargo que

asegurase al adherente su conocimiento efectivo en el momento de la celebración del contrato. Un último ejemplo de cláusula sorprendente nos lo suministra la SAP de Vizcaya de 7 de julio de 2008 (que cita MIQUEL GONZÁLEZ en Comentario al art. 82 TRDCU, *cit.*, p. 728). Se trataba en este caso de una condición general de conformidad con la cual un billete de avión de ida y vuelta quedaba sin efecto en el viaje de vuelta si no era utilizado en el trayecto de ida.

⁵⁷ Con anterioridad a ella cabría citar también la SAP de Toledo de 25 de octubre de 2011 (a la que alude PAGADOR LÓPEZ en Régimen jurídico..., *cit.*, p. 109), toda vez que en esta Resolución parece subyacer la regla prohibitiva de las cláusulas sorprendentes, aunque el tribunal no acude expresamente a ella sino al expediente técnico jurídico de la interpretación *contra proferentem*.

⁵⁸ La cursiva es nuestra.

⁵⁹ En otros lugares de esta SAP puede leerse que la palabra «precipitación ha de interpretarse en el sentido de entender que ha de referirse a intensidad de lluvia con independencia de la cantidad pues no cabe duda que una lluvia corta pero intensa es más dañina que una lluvia más prolongada en el tiempo, con mayor volumen de precipitación pero menos intensa», y ello porque «[e]s la primera la que en contra de todo lo previsto en el diseño de cubiertas y desagües en función de los periodos de recurrencia para precipitaciones tomadas en cuenta por las normas e instrucciones de la construcción, se presenta poniendo el límite a la previsión humana, bloqueando los desagües, rebasando las canalizaciones y discurriendo por partes de un edificio desprotegido y penetrando en él, ocasionando daños en los efectos del interior». En suma (Fundamento de Derecho 8.º), «40 litros hora es casi impensable que se produzca y el seguro dependa de ello; sí son frecuentes intensidades superiores, pero una hora a esa intensidad es casi impensable y eso no es lo querido por los contratantes pues el tomador lo que quiere es que si se ocasiona daños por agua se le indemnice porque para eso paga un seguro».

⁶⁰ V. así ALFARO ÁGUILA-REAL, Delimitación del riesgo cubierto en un contrato de seguro, disponible en <http://almacen.dederecho.org>, quien afirma que en este caso «tal vez habría que entender que estamos ante un cláusula sorprendente».

⁶¹ En concreto, el litigio versaba sobre una póliza de seguro denominada «Plan Protección de Accidentes Personales» que incluía en la cobertura pactada, entre otras cosas, el riesgo de que la asegurada sufriera fracturas, para las que se preveía una indemnización máxima de 6000 euros. Acaecido el siniestro (fractura de peroné sufrida por la asegurada) y reclamada la correspondiente indemnización por parte de la asegurada, se opuso la aseguradora por entender que la fractura sufrida por aquella no estaba incluida en la cobertura porque así resultaba de las tablas de indemnizaciones que figuraban en el libro de acompañamiento a la póliza, bajo la denominación «Condiciones Generales y Especiales del Seguro Individual de Accidentes», a las que se remitía la póliza, y según las cuales para el caso de fractura del «peroné», se establecían los porcentajes de la indemnización, de acuerdo con la suma asegurada (6000 euros) según se tratase de «fracturas múltiples, complicadas y completas» (23%) o del «resto de fracturas complicadas» (17%), lo que suponía que no se preveía ningún supuesto en el que la fractura pudiera dar lugar a percibir el 100 por 100 de la suma asegurada, y que quedaban fuera de la cobertura los supuestos de lesiones en que no concurriesen esas características.

⁶² La cursiva es nuestra.

⁶³ La cursiva es nuestra.

⁶⁴ Así, *ad ex.*, PÉREZ ESCOLAR, Incorporación al contrato de cláusulas no negociadas. Perspectivas de reforma a la luz del panorama europeo, la Propuesta de Modernización del Código Civil y el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil, en *Anuario de Derecho Civil (ADC)*, t. LXVIII, 2015, p. 465.

⁶⁵ Las citas a los artículos de los Principios Unidroit y a sus «Comentarios» que aquí realizamos se refieren al texto de los Principios que se encuentra disponible en <http://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles2010/integralversionprinciples2010-s.pdf>.

⁶⁶ Ciertamente, es asunto aceptado en nuestra comunidad jurídica que para las cláusulas relativas al precio y a su adecuación con la contraprestación no basta con el cumplimiento

de los requisitos de inclusión o transparencia formal (que solo ofrecen una posibilidad de conocimiento) sino que requieren «un aporte especial de transparencia en la fase precontractual y en su plasmación documental que asegure su conocimiento efectivo antes de la celebración del contrato»: v. PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, Comentario al artículo 80 TRDCU, *cit.*, p. 706.

⁶⁷ Criterio utilizado por la STS de 22 de abril de 2016 en el sentido que anteriormente hemos explicado.

⁶⁸ Aunque no en el ámbito del seguro sino en el de las cláusulas suelo, a este criterio se refiere expresamente la SAP de la Coruña de 20 de mayo de 2015: en ella queda claro que el íter contractual puede demostrar de forma evidente que los actores tienen conocimiento efectivo de la cláusula suelo y de lo que ella implica en la carga económica del contrato. En el ámbito del contrato de seguro parece también acoger este criterio la STS de 11 de julio de 2010, como se infiere, a nuestro juicio, del párrafo siguiente: « La solución parte de considerar que al contrato se llega desde el conocimiento que el asegurado tiene del riesgo cubierto y de la prima, según la delimitación causal del riesgo y la suma asegurada con el que se da satisfacción al interés objetivo perseguido en el contrato, y es evidente que, *discutiéndose si la limitación de cobertura en razón a un riesgo excluido podía ser esperada por el asegurado, aunque no figurase en el condicionado particular*, ambas Sentencias declaran probado que, al margen del carácter o no lesivo de la cláusula en cuestión, *el demandado tenía clara conciencia del contrato por él suscrito y de lo que incluía y excluía, por haber dado el mismo las indicaciones pertinentes para la elección del modelo de la póliza*, siendo incluso el propio asegurado quien defiende con su firma la existencia y validez de la póliza y admite que junto al ejemplar de las condiciones particulares se le entregaron las generales en las que se concreta la limitación de cobertura convenientemente resaltada, sin riesgo alguno de confusión, cumplimentando de esa forma las exigencias del artículo 3. de la LCS» (la cursiva es nuestra).

⁶⁹ En el asunto resuelto por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 24 de junio de 2015 el demandante, que en el año 2006 había sido nombrado «personal no sanitario con carácter interino en plaza vacante», celebró en el año 2010 un contrato de préstamo con garantía hipotecaria, para lo cual hubo de facilitar a la entidad prestamista, entre otras cosas, su contrato de trabajo. Junto con el préstamo, el demandante había celebrado con una compañía aseguradora vinculada a la entidad prestamista un contrato de seguro de vida, incapacidad temporal y desempleo. Con carácter previo a la celebración de este último, le fue entregada al demandante una «*nota informativa*» relativa a ese seguro, en la cual se especificaba que «de acuerdo con dicha cobertura, entre otros supuestos, no se cubre el desempleo por causa de no superar el periodo de prueba, el despido disciplinario, la expiración de la duración del contrato temporal convenido y/o realización de la obra o servicio objeto del contrato, la jubilación del empresario individual..., el vencimiento de los periodos de excedencia, los periodos de carencia de ocupación efectiva en caso de trabajadores fijos de carácter discontinuo, ni la resolución voluntaria por el asegurado de la relación laboral que no resulte amparada por la prestación de nivel contributivo que otorgue el INEM». El contrato de seguro resultó definitivamente suscrito, y en el documento contractual correspondiente se podía leer lo que sigue: «Están cubiertos por la prestación por desempleo únicamente los asegurados que por razón de su relación laboral como trabajadores por cuenta ajena con contrato de trabajo de duración igual o superior a la del préstamo o crédito, o funcionarios de empleo que coticen al régimen general de la Seguridad Social por desempleo o socios de cooperativas, reciban conforme a la legislación vigente en cada momento, la prestación de desempleo en el nivel contributivo por parte del INEM, por alguno de los siguientes motivos: (...) Despido basado en causas objetivas previstas en la legislación vigente, cuando se acompañe de la correspondiente indemnización por el empresario...» (...) «En consecuencia, entre otros supuestos no es objeto de cobertura la suspensión o extinción de la relación laboral por causa de: ... Expiración del plazo del contrato temporal o de interinidad convenido y/o realización de la obra o servicio objeto del contrato». Los hechos relevantes dieron comienzo cuando en el mes de marzo de 2013 le fue comunicado al demandante el cese de su relación laboral por

«amortización de plaza». Por esa razón, le fue reconocida la prestación por desempleo. Pues bien, el problema se planteó por que, de acuerdo con el documento contractual del seguro, quedaba fuera de la cobertura pactada, entre otras situaciones, la expiración del plazo del contrato temporal o *de interinidad* convenido. La pretensión del reclamante fue estimada en apelación en consideración, por un lado, a que la situación del personal interino no es equiparable a la del personal de carácter eventual y de sustitución, por presentar una cierta nota de estabilidad (Fundamento de Derecho 5.º), y, por otro lado, y sobre todo (Fundamento de Derecho 4.º), «porque la exclusión que se contiene en las condiciones generales, referidas a los contratos de interinidad, aparte de no estar destacada ni aceptada específicamente, *no consta en la nota informativa dada al demandante antes de la firma del seguro*. La comparación de los términos entre la nota y las condiciones generales (...) es ilustrativa: *mientras que en la información precontractual no se mencionan específicamente, como excluidos, los contratos de interinidad, en las condiciones generales aparece por primera vez. Por ello, la cláusula contenida en las condiciones generales se ha de calificar como sorpresiva*. Y estas cláusulas sorpresivas, aunque fueran en puridad delimitadoras del riesgo, se han asimilado por la jurisprudencia a las limitativas a efectos de aplicación de iguales requisitos de aceptación (...) Además, la propia aseguradora (...) conocía el concreto tipo de contrato que tenía el demandante, imprescindible para el estudio y concesión del préstamo hipotecario, y no solo no advirtió de la posible incompatibilidad del mismo con el seguro de desempleo (según la tesis de la demandada) sino que permitió y propició su contratación. No se trata con ello de poner de manifiesto vicios del consentimiento que pudiera concurrir en el asegurado, sino del comportamiento de la aseguradora que entendía que el carácter interino, al menos en el concreto caso del demandante, no impedía la actuación del seguro, y por ello asumió la cobertura» (la cursiva es nuestra). Es decir, las circunstancias concretamente concurrentes durante la negociación (el tomador y asegurado informa a la aseguradora de la naturaleza de su relación laboral y la nota informativa entregada con carácter previo a la celebración del contrato no excluye de la cobertura el riesgo de cese o extinción de la relación laboral del asegurado) permiten considerar *sorprendente* la condición general que excluye de la cobertura los supuestos de cese de los contratos de interinidad, lo que, además, habría privado de todo sentido para el asegurado al hecho mismo de la celebración de ese contrato de seguro.

⁷⁰ Empero, no conforme: ISERN, para quien la firma del adherente al lado de la cláusula vale como prueba de aceptación de la cláusula sorprendente por parte del adherente (v. Las condiciones generales..., *cit.*, p. 482). Lo anterior explica que, a juicio de esta autora, el artículo 430-3, apdo. 2.º, ACM merezca ser criticado, en la medida en que «el requisito de la expresa aceptación para su validez, a pesar de lo insólito de su contenido y de que no ha habido ninguna posibilidad de poder modificarla [la cláusula sorprendente, ha de entenderse], no deja de ser a su vez sorprendente, por cuanto que dicha declaración de voluntad suele estar supeditada en la mayoría de los casos a la necesidad de contratar del adherente, de resultas que se deja sin eficacia la protección que se pretende otorgar mediante la regla de la cláusula imprevisible o sorprendente». Esta crítica nos parece infundada. La regla de las cláusulas sorprendentes persigue proteger el consentimiento del adherente. Si no conoce la cláusula y no la consiente se trata de una cláusula ilícita. Pero si la conoce y la acepta de forma expresa (pudiendo demostrarse —por el predisponente— que este conocimiento real y efectivo ha tenido lugar) deja de ser sorprendente e ilícita (porque no puede sorprender lo que se conoce y consiente libremente).

⁷¹ Al requisito de inclusión de la *comprensibilidad* se refiere seguidamente la Propuesta de Modernización en el apartado 3) del artículo 1261.3, esto es, en el apartado inmediatamente siguiente a aquel en el que se formula la regla de las cláusulas sorprendentes, disponiéndose que tampoco se entienden incorporadas al contrato las condiciones generales que «su redacción sea de tal modo oscura o confusa que se pueda suponer que resultarán incomprensibles por el adherente medio en contratos de las características del contrato que se trate».

⁷² V. *Diccionario de la lengua española*, Edición del Tricentenario, disponible en <http://dle.rae.es>

⁷³ En palabras de PAGADOR LÓPEZ, «hoy no se discute que la prohibición de las cláusulas lesivas constituye, como mínimo, expresión de una cláusula general de control de contenido equivalente a la prohibición de las cláusulas abusivas *ex* TRDCU»: v. Título II. Condiciones generales..., *cit.*, p. 1330, nota 45.

⁷⁴ Así lo ha constatado la doctrina en el ámbito de las cláusulas suelo: v., entre otros, PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, Falta de transparencia y carácter abusivo..., *cit.*, pp. 22 y sigs. y tras él CASADO NAVARRO, El control de transparencia como *llave*..., *cit.*, pp. 17 y sigs. En idéntica dirección se expresa también PERTÍÑEZ al comentar el régimen de las cláusulas predispuestas del TRDCU: v. su Comentario al artículo 80 TRDCU, *cit.*, pp. 705 y 706, donde pone de manifiesto en relación con estas cláusulas intransparentes que «transparencia y desequilibrio material se aúnan así en un mismo juicio en el que la falta de transparencia se convierte en medio o instrumento para el abuso, consistente en la alteración subrepticia de la relación de equilibrio entre la prestación que resultó pactada».

⁷⁵ Insiste recientemente en esta idea, al comentar la STS de 9 de mayo de 2013, *ad ex.*, PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, Falta de transparencia y carácter abusivo..., *cit.*, pp. 14 y 15.

⁷⁶ A favor de que pueda prosperar una impugnación por error contra cláusulas sorprendentes, v. PAGADOR LÓPEZ, Título II. Condiciones generales..., *cit.*, pp. 1368 y 1369.

*(Trabajo recibido el 1-11-2016 y aceptado
para su publicación el 14-11-2016)*