

LA INFLUENCIA DE LA JURISPRUDENCIA BANCARIA PROTECTORA DEL CONSUMIDOR EN LA DESEGUROS¹

LUIS JIMÉNEZ-ASENJO SOTOMAYOR.

ABOGADO

SUMARIO: 1.- Introducción. 2.- Sobre la expresión “cláusulas sorprendentes” o “sorprendentes”. 3.- Sobre la aplicación del concepto de “cláusula sorprendente” a un contrato de D&O. 4.- Conclusiones.

RESUMEN: Aprovechando la Sentencia del Tribunal Supremo 59/2019, de 29 de enero, que declara limitativa una cláusula de una póliza de seguro de D&O, el artículo analiza si el control de transparencia que se ha venido desarrollando en los últimos años en la jurisprudencia bancaria, es aplicable y cómo al contrato de seguro. El autor hace un recorrido por la jurisprudencia del TS para ver las similitudes y diferencias entre el ámbito bancario y el asegurador en cuanto a la protección al consumidor y al asegurado respectivamente.

PALABRAS CLAVE: Seguro administradores; D&O; control de transparencia; cláusulas limitativas.

¹ Este artículo recoge la ponencia del autor en el Colegio de Abogados de Barcelona, en junio de 2019.

1.- INTRODUCCIÓN

En el presente artículo vamos a comentar la Sentencia del Tribunal Supremo 58/2019, de 29 de enero, sobre un seguro de administradores (D&O) para, a raíz de ella, analizar si en el contrato de seguro puede hablarse también del control de transparencia, que tanto ha impregnado la jurisprudencia bancaria en los últimos años, para considerar nulas las cláusulas que no superen dicho control.

El supuesto de hecho de la sentencia es el siguiente: El 28 de noviembre de 2011 la empresa Puente Fierros, S.L. contrató con Zurich un seguro de D&O. En 2014, y estando la póliza en vigor, la AEAT deriva responsabilidad a los administradores por unas deudas tributarias de 66.000 Euros. Zurich excluye la cobertura del siniestro porque según la póliza “*pérdida no incluye impuestos, multas ni sanciones*”.

Los administradores interpusieron demanda solicitando la condena de Zurich al pago de los 66.000 Euros más otros 1.000 Euros de gastos de defensa. En primera instancia se estimó íntegramente la demanda al considerar que se trataba de una cláusula limitativa no aceptada por el asegurado. En segunda se estimó el recurso de apelación interpuesto por Zurich y se revocó la sentencia, desestimando la demanda, por considerar que se trataba de una cláusula delimitadora del riesgo. En casación se estimó el recurso de los asegurados y se confirmó la condena a la aseguradora. El TS consideró lo siguiente:

“en la práctica esta distinción (entre cláusulas limitativas y delimitadoras) no es tan clara. Así, por ejemplo, y por lo que interesa en el presente caso, hay cláusulas que por delimitar de forma sorprendente el riesgo, se asimilan a las limitativas de derechos”.

“Debemos analizar si la exclusión de este daño, que contribuye a delimitar el riesgo cubierto por el seguro, restringe de forma sorprendente la cobertura del seguro, en relación con su contenido natural, y por ello reviste la condición de cláusula limitativa de derechos, lo que hubiera precisado la aceptación expresa del tomador mediante su firma, conforme al art. 3 LCS”.

“Es una responsabilidad (la derivada del impago de deudas tributarias) relativamente común. Tanto que, objetivamente, en la previsión del quien concierta el seguro, es lógico que se encuentre también la cobertura de este riesgo. De tal forma que su exclusión en el apartado de condiciones generales, sin una aceptación expresa, debe considerarse sorpresiva y por ello limitativa de derechos. Bajo esta caracterización, hubiera sido necesaria la aceptación expresa del tomador del seguro, por lo que, en su ausencia, debemos aplicar los efectos previstos en el art. 3 LCS y, por tanto, tenerla por no puesta”.

Esta sentencia nos permite reflexionar sobre dos cuestiones:

- La referencia a cláusulas “sorpresivas” o “sorprendentes”, como criterio para valorar si se ha informado correctamente al adherente y, por tanto, la transparencia de una cláusula.
- La aplicación de un control de transparencia a una cláusula de un contrato como el de D&O, que no puede ser considerado como un contrato con un consumidor.

2.- SOBRE LA EXPRESIÓN “CLÁUSULAS SORPRESIVAS” O “SORPRENDENTES”

Según Luis Miranda Serrano²: *«merecen denominarse sorprendentes las estipulaciones relativas al objeto principal o parte económica del contrato (precio y prestación) que, de conformidad con las circunstancias y, en especial, con el tipo o naturaleza del contrato celebrado y su contexto, resultan tan insólitas o inesperadas para el adherente que producen el efecto de contravenir de forma manifiesta las legítimas y razonables expectativas que dicho sujeto se había forjado a la hora de decidirse a celebrar el contrato con el predisponente»*

Este concepto fue utilizado por el Profesor Alfaro³ en su Tesis Doctoral del año 1989, cuando las CG estaban reguladas en art. 10 de la LCU 1984, antes de la primera LCGC 1998. Se contemplaba en la primera redacción de la LCGC 1998, pero finalmente no se incorporó dicho concepto al texto final. Después, apareció en los principios Unidroit de contratos comerciales internacionales de 2010 (art. 2.1.20).

A nivel jurisprudencial, este concepto aparece en algunas sentencias del Tribunal Supremo sobre el contrato de seguro, que hablan de **cláusulas inusuales**, como las siguientes:

- 10 febrero 1998, 17 de abril de 2001, 29 de octubre de 2004, núm. 1055/2004; 11 de noviembre de 2004, rec. núm. 3136/1998, y 23 de noviembre de 2004, núm. 1136/2004. Por todas **STS 853/2006, 11 septiembre**.
- La **STS 1054/2007, 17 octubre**, que se refiere explícitamente al concepto de cláusulas sorpresivas, y dice:

2 Indret, 2/2018. El control de transparencia de condiciones generales y cláusulas predispuestas en la contratación bancaria.

3 <https://derechomercantilesana.blogspot.com/2012/01/jesus-alfaro-aguila-real-las.html>

“Aparte de lo anterior, la cláusula cuestionada es inusual, al establecer un sistema diferente al seguido generalmente por las empresas para la determinación del “Beneficio Bruto”, y se aparta tajantemente del concepto que, sobre esta figura, ha dispuesto el Plan General de Contabilidad.

En definitiva, 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 aquéllas 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; por consiguiente, se procura evitar que el tomador del seguro o el asegurado se encuentren sorprendidos a consecuencia de la adición por el predisponente de cláusulas cuya existencia no cabía que fuera esperada fundadamente por aquél.

En nuestro Derecho, la falta de acogida explícita de la regla de las “cláusulas sorpresivas” en la Ley General de Defensa de 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 primera 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, y la doctrina jurisprudencial las ha configurado exclusiva y genéricamente dentro de dicho espacio”.

- **La STS 715/2013, 25 noviembre**, que recoge en una cita de sentencias anteriores la frase: *“siempre que no delimiten el riesgo en forma contradictoria con las condiciones particulares del contrato o de manera no frecuente o inusual”*, añadiendo entre paréntesis la expresión *“cláusulas sorprendentes”*.
- **STS 402/2015, 14 de julio de 2015**. *“En todo caso, y con carácter general, conviene recordar que el control de transparencia, tal y como ha quedado configurado por esta Sala (SSTS de 9 de mayo de 2013 y 8 de septiembre de 2014), resulta aplicable a la contratación seriada que acompaña al seguro, particularmente de la accesibilidad y comprensibilidad real por el asegurado de las causas limitativas del seguro que respondan a su propia conducta o actividad, que deben ser especialmente reflejadas y diferenciadas en la póliza”*.
- **La STS 58/2019, de 29 de enero**, que estamos comentando, ya utiliza la expresión *“cláusula sorprendente”* y *“cláusula sorpresiva”*.

A todo ello hay que añadir la Proposición de Ley de Impulso de la Transparencia en la Contratación Predispuesta, que prevé un art. 3 bis en la Ley de Contrato de Seguro, que establece:

«Artículo 3 bis. Control de transparencia. 1. Las condiciones generales no podrán tener carácter abusivo para los asegurados. 2. Con base al principio general de transparencia, al contrato de seguro le será aplicable el régimen normativo del control de transparencia previsto para la contratación predispuesta por el profesional con consumidores y usuarios. 3. Sin perjuicio de los requisitos formales y los deberes de claridad y precisión contemplados en el artículo precedente, el control de transparencia tiene por objeto, principalmente, examinar si la reglamentación predispuesta por el asegurador facilita la comprensibilidad material, que no formal y gramatical, del contenido de las cláusulas delimitadoras del riesgo y de las cláusulas limitativas de los derechos del asegurado. De forma que éste pueda comprender no sólo el significado general de la contratación, sino también el alcance jurídico y económico que se deriva de los compromisos asumidos. 4. Las aseguradoras, en aras al cumplimiento de estos especiales deberes de configuración negocial, podrán incluir en la contratación del seguro los protocolos o instrumentos de transparencia que favorezcan la comprensibilidad real del asegurado en los términos expuestos.»

Por tanto, con todo lo anterior podemos afirmar que el concepto de “cláusula sorpresiva” se asemeja al concepto de cláusulas abusivas por no superar el control de transparencia. La cláusula sorpresiva es la que altera las expectativas que el adherente tenía sobre el efecto económico y jurídico del contrato. Igual que el control de transparencia supone analizar si el consumidor entendió el efecto jurídico y económico de una cláusula. Es decir, que en el contrato de seguro podremos afirmar que una cláusula es nula cuando suponga una alteración de las expectativas razonables del adherente sobre lo que quedaba cubierto y lo que no, y el asegurador no haya facilitado una información expresa sobre la misma. Y esto, en realidad, es lo que en el contrato de seguro viene existiendo como control de las cláusulas limitativas.

En conclusión, no hay un nuevo control que aplicar al contrato de seguro, sino que el control de si una cláusula es limitativa para considerarla no aplicable conforme al art. 3 LCS, la jurisprudencia lo hace ahora desde la óptica de la “cláusula sorpresiva”, es decir, que si frustra las expectativas del asegurado, entonces se considerará cláusula limitativa.

3.- SOBRE LA APLICACIÓN DEL CONCEPTO DE “CLÁUSULA SORPRESIVA” A UN CONTRATO DE D&O

En el caso concreto, aunque no consta en la sentencia, parece que no se trataba de un gran riesgo, según los define el art. 11 LOSSEAR. Pero nos sirve para reflexionar sobre las diferencias entre la LCGC y LCU por un lado y la LCS por

otro, en cuanto al ámbito subjetivo de la protección que otorgan al consumidor y al asegurado. Mientras que el control de transparencia es aplicable únicamente a los contratos con consumidores, el control de cláusulas limitativas en un contrato de seguro es aplicable siempre que no se trate de un gran riesgo, tanto si el asegurado es consumidor como si no lo es.

Y recordemos que son grandes riesgos, según el art. 11 LOSSEAR:

- a) Los de vehículos ferroviarios, vehículos aéreos, vehículos marítimos, lacustres y fluviales, mercancías transportadas (comprendidos los equipajes y demás bienes transportados), la responsabilidad civil en vehículos aéreos (comprendida la responsabilidad del transportista) y la responsabilidad civil de vehículos marítimos, lacustres y fluviales (comprendida la responsabilidad civil del transportista).
- b) Los de crédito y de caución cuando el tomador y el asegurado ejerzan a título profesional una actividad industrial, comercial o liberal y el riesgo se refiera a dicha actividad.
- c) Los de vehículos terrestres (no ferroviarios), incendio y elementos naturales, otros daños a los bienes, responsabilidad civil en vehículos terrestres automóviles (comprendida la responsabilidad del transportista), responsabilidad civil en general y pérdidas pecuniarias diversas, siempre que el tomador supere los límites de, al menos, dos de los tres criterios siguientes:
 - Activo total del balance: 6.200.000 euros.
 - Importe neto del volumen de negocios: 12.800.000 euros.
 - Número medio de empleados durante el ejercicio: 250 empleados.

Si se trata de un gran riesgo, por el contrario, no se aplica el control de cláusulas limitativas. En este sentido se pronuncia por ejemplo la STS 78/2014, 3 de marzo, caso Uralita. *“Un seguro de la naturaleza como el que estamos analizando, “de gran riesgo” (art. 107, apartado 2, b LCS), presupone una gran capacidad económica del deudor, como es el caso de URALITA, para negociar directamente o por medio de los corredores de seguro, una póliza de seguro en un plano de igualdad, pese a que, normalmente, la compañía de seguros tiene un modelo que ofrece, y constituye la base de la negociación. Pero es que, además, no es una póliza absolutamente novedosa, sino fruto de una renovación de otra precedente con la compañía ZÜRICH, con unas condiciones generales y especiales semejantes a las que ahora se están examinando”*.

Hay que tener en cuenta, no obstante, que la Proposición de Ley de Impulso de la Transparencia en la Contratación Predispuesta, prevé extender el control de transparencia al ámbito de la contratación entre empresarios en la LCGC.

“Art. 6 bis. 2 LCGC: La tutela dispensada por el control de transparencia, con idénticos fundamentos y deberes de configuración negocial,

podrá extenderse a la contratación entre empresarios. En este caso, el empresario adherente deberá solicitar judicialmente su aplicación y acreditar el carácter predispuesto del clausulado objeto de impugnación”.

4.- CONCLUSIONES.

1ª.- El art. 4 LCGC excluye de su ámbito de aplicación las condiciones generales las que vengan reguladas específicamente por una disposición legal o administrativa de carácter general y que sean de aplicación obligatoria para los contratantes. Y la Ley de Contrato de Seguro es una Ley de aplicación obligatoria para los contratantes, salvo que hablemos de grandes riesgos. Por lo tanto, parecería que la LCGC no es aplicable al contrato de seguro. Además, la regulación del contrato de seguro es anterior incluso a la Directiva 93/13 que dio lugar a la LCGC de 1998 (antes, art. 10 LCU 1984), y fue una precursora de la protección de la parte débil del contrato. Pero a la vez la EM de la Dir. 93/13 se dice *“que en los casos de contratos de seguros las cláusulas que definen o delimitan claramente el riesgo asegurado y el compromiso del asegurador no son objeto de dicha apreciación [control de contenido o abusividad], ya que dichas limitaciones se tienen en cuenta en el cálculo de la prima abonada por el consumidor”*, por lo que parece que excluye el control de abusividad de las cláusulas delimitadoras, pero no de las limitativas, ni tampoco el control de transparencia.

2ª.- La LCS no habla de cláusulas abusivas, sino de cláusulas delimitadoras y limitativas de derechos. Y estas últimas tienen que ser específicamente aceptadas por escrito. Observamos que la jurisprudencia aseguradora está adoptando como criterio para identificar una cláusula limitativa, y diferenciarla de las delimitadoras del riesgo, el de las “cláusulas sorpresivas”. Este criterio tiene un componente subjetivo (las expectativas del asegurado respecto de las coberturas de la póliza) y, por lo tanto, un problema probatorio para la entidad aseguradora.

3ª.- La LCS no habla de consumidores o no consumidores, para darles a aquéllos su protección, sino de grandes riesgos, a los que no aplica la LCS de forma imperativa. Pero los grandes riesgos van (en la práctica) siempre vinculados a tomadores personas jurídicas. Este control de transparencia o de cláusulas sorpresivas/limitativas se aplicará tanto a tomador persona física como persona jurídica cuando no se trate de grandes riesgos.

4ª.- La estructura contractual del seguro es más compleja que la bancaria, porque no hay sólo dos partes, sino que está el tomador, el asegurado, el beneficiario, el mediador, el asegurador, y fuera de la relación contractual pero no menos importante, el perjudicado en el seguro de RC. Todo ello hace que en la práctica haya que analizar las circunstancias de cada caso concreto para valorar

si una cláusula es limitativa o no, en función de las expectativas del asegurado, y de la información que se le facilitó, incluso a través de un mediador.

5ª.- Hay dos proyectos que han quedado suspendidos que son la Proposición de Ley de Impulso de la Transparencia en la Contratación Predispuesta, y el Proyecto de Ley de Distribución de Seguros y Reaseguros Privados. Este **último** establece una serie de obligaciones de información precontractual que recuerdan mucho a la reciente Ley de Contratos de Créditos Inmobiliarios. Además, en cuanto a la información precontractual para el asegurado, hay que destacar el Reglamento de ejecución 2017/1469 de la Comisión, que es de aplicación directa en los estados miembros, en el que se establece un formato de presentación normalizado para el documento de información sobre productos de seguro, y, entre otras obligaciones formales, hay un Anexo que explica cómo se ha de dar la información precontractual. Esto nos lleva a remarcar la importancia de que las compañías aseguradoras adapten las pólizas y toda la información a sus clientes a un lenguaje y una apariencia más asequible para los asegurados, de manera que no se encuentren en un futuro con un aumento de la litigiosidad por cláusulas sorpresivas, similar a la que ha habido en el sector bancario.