

JOSÉ MANUEL SUÁREZ ROBLEDANO
Magistrado

ENUNCIADO

Creando una organización de consumidores que determinadas condiciones generales impresas en pólizas utilizadas en la contratación habitual de varias entidades de seguros con sus asegurados pueden ser tachadas de abusivas, al estimarse contrarias a las normas reguladoras de los derechos de los consumidores y usuarios así como a las que disciplinan la regularidad de las condiciones generales de la contratación, considera la conveniencia de formular reclamación judicial para obtener la cesación de dicha conducta abusiva, al haber fracasado las negociaciones previas extrajudiciales dirigidas a conseguir su supresión de forma amistosa o transaccional.

El despacho de abogados consultado al efecto, junto con la asesoría de la organización citada, opone ciertos reparos a la formulación de la demanda y a su viabilidad, esencialmente la posible consideración como no consumidores de profesionales contratantes de algunas de las pólizas cuyo clausulado se cuestionará a través de la demanda judicial que se desea plantear.

Las cláusulas en cuestión se refieren a la validez de la exigencia de la aportación del original de la póliza para pagar el siniestro, defectos de información del asegurado en relación con el rescate y rescisión, la denominada tarifa de siniestralidad o sistema *bonus-malus* tachada como de carácter oscuro. Defensa jurídica y éxito de la acción judicial ejercitada.

CUESTIONES PLANTEADAS:

1. ¿Será procedente la declaración de cesación interesada judicialmente si las condiciones generales cuestionadas se refieren en algunos casos a profesionales o empresas y no a consumidores?

2. En relación con la condición general consistente en la exigencia, para el caso de ocurrencia de siniestro y reclamación de indemnización a la aseguradora por el asegurado, de aportación del original de la póliza para pagar el siniestro, ¿ha de considerarse la misma o no como abusiva?
3. ¿Qué ocurrirá al respecto con la condición que adolezca de deficiencias de información al asegurado respecto al rescate y rescisión?
4. ¿Se considerará como abusiva la condición referida a la denominada tarifa de siniestralidad o sistema *bonus-malus* reputado como oscuro?
5. Por último, ¿puede estimarse abusiva la condición general referida a la defensa jurídica en relación con el éxito de la acción judicial ejercitada?

SOLUCIÓN

1. Interpuesta demanda con el objeto referido en el enunciado del caso planteado, la primera cuestión que puede hacer fracasar el éxito de la acción de cesación de las condiciones generales de la contratación cuestionadas y utilizadas en el sector de los seguros por diversas compañías demandadas consiste en saber si la organización de consumidores que se propone dicha reclamación judicial estará realmente legitimada para su ejercicio en tanto que se pueda considerar que, por afectar bastantes de los contratos cuestionados a profesionales o empresas no reputadas como consumidores, no resulta posible acceder a las pretensiones de cesación ejercitadas por dicha organización de consumidores, refiriéndose las mismas a personas que no están protegidas en forma difusa por la entidad referida, al no representar más que los intereses de los consumidores y no los de los profesionales y empresas, en su caso, también vinculados por las condiciones tachadas de abusivas y cuya cesación y abstención de su uso en lo sucesivo, justamente, constituye el objeto de la reclamación judicial interpuesta.

En la actualidad, hay que tener en cuenta que la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, las define como las cláusulas predisuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos. Los artículos 1.º y 2.º de la Ley referida extienden su ámbito subjetivo a los contratos celebrados por un profesional, denominado pre-disponente, y cualquier persona física o jurídica, denominada adherente, pudiendo ser el referido adherente también un profesional y sin necesidad de que actúe en el marco de su actividad profesional.

Por su parte, el artículo 8.º de la Ley repetida declara la nulidad de pleno derecho de las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo previsto en ella o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca otro efecto para el caso de contravención, siéndolo en particular las que se reputen como abusivas cuando el contrato se haya celebra-

do con un consumidor, estimándose por abusivas en todo caso las definidas en el artículo 10 *bis* y en la disposición adicional primera.K) de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (LDGCU).

La Directiva del Consejo 93/13, del 5 de abril, para aproximar las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros de la Unión Europea, establece en su artículo 1.º que se estimarán abusivas las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato. Dicha Directiva ha sido transpuesta a Ordenamiento mediante la modificación de las dos leyes antes citadas.

Ha estimado la jurisprudencia que la Ley 7/1998 refuerza considerablemente los derechos de los que conciertan un contrato de adhesión, sin que los anude necesariamente a la condición de consumidor del mismo, cosa que también se desprende del artículo 2.º 1 de la misma al no exigir dicha condición para la protección de la Ley.

Se ha dicho al respecto, asimismo, que, a los efectos de determinar qué condiciones generales caen bajo el ámbito de aplicación de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, el panorama se complica si tenemos en cuenta que respecto de la contratación entre un profesional y un consumidor la Ley de Condiciones Generales deja subsistente la anterior LGDCU, a cuyo artículo 10 dota de nueva redacción. Así, mientras que las condiciones generales utilizadas por un empresario o profesional en la contratación con otro empresario o profesional o con un consumidor quedan sometidas al régimen establecido por la Ley de Condiciones Generales (arts. 1.º y 2.º de la primera), todo tipo de cláusulas, condiciones o estipulaciones utilizadas en la contratación con consumidores -hayan sido o no negociadas individualmente y tengan o no el carácter de condiciones generales- quedan sometidas al control de la segunda (art. 10 de la Ley 26/1984 en la nueva redacción dada por la disp. adic. primera de la Ley de Condiciones Generales citada). Pero, además, en la medida en que las cláusulas utilizadas por un empresario frente a un consumidor tengan el carácter de condiciones generales conforme a la definición que de ellas hace la Ley de Condiciones Generales (art. 1.º), quedarán también sometidas a las prescripciones de esta última Ley (art. 10.3 de la Ley de Consumidores). El resultado es, pues, que las condiciones generales utilizadas frente a los consumidores (según la definición de consumidor establecida por el art. 1.º de la Ley de Consumidores) quedan sometidas «doblemente» a la misma regulación. La primera, por aplicación de la propia Ley de Consumidores, y la segunda, por aplicación de la Ley de Condiciones Generales, resolviéndose las diferencias de regulación existentes entre ambas, al parecer (*vid.* disp. adic. segunda de la Ley de Consumidores), a través de la aplicación preferente de la Ley de Consumidores.

Parece, pues, que la protección solicitada judicialmente se otorgará, aun limitándola a la eficacia para los consumidores, por ser éste el ámbito propio de protección interesado. Pero debe recordarse, y esto es muy importante respecto a los profesionales y empresas que concierten pólizas de seguros en concepto de asegurados, que la aplicación de la Ley 24/1984, conforme a las modificaciones y dictados introducidos por la Ley 7/1998, requiere que el adherente sea un consumidor. Tal carácter de consumidor se da, ya que el artículo 1.º 2 de la Ley General considera consumidores o

usuarios a las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan, como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios o funciones, cualquiera que sea su naturaleza pública o privada, individual o colectiva, de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden. No tienen la consideración de consumidores o usuarios quienes, sin constituirse en destinatarios finales, adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros. De ningún modo quedó desvirtuada la utilización por la interesada como destinataria final, de los servicios y elementos contratados para el propio provecho, ni menos se ha probado su integración en un proceso de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros.

2. Respecto al carácter o no de abusiva de la condición consistente en que los asegurados vengan obligados, concretamente en las pólizas de seguros de pensiones, a aportar a la aseguradora obligada el original de la póliza, sin que baste la presentación de copia de la misma, o que ésta se testimonie en forma diferente de dicha aportación original exigida, o su mera exhibición, como condición inexcusable para poder tener derecho al pago de la prestación convenida, una vez producido el evento que da lugar al nacimiento del derecho en cuestión, se ha de estimar dicha condición general nula por abusiva, en tanto que obligar al asegurado a desprenderse de un documento tan esencial como el propio original de la póliza suscrita concede a la aseguradora un derecho desproporcionado, al dar a dicho original un valor que no se corresponde con la realidad, pues puede obtenerse por la aseguradora una copia de la póliza en cualquier momento, constándole ya a la misma, siendo suficiente con la mera presentación por el asegurado.

Ello significa que, además, quedaría así el asegurado, de mantenerse la validez de dicha condición general, en clara indefensión, cargando con las consecuencias de su pérdida eventual, siendo suficiente que la legitimación exigida al receptor de la prestación establecida contractualmente se constate de cualquier otra manera menos gravosa para el mismo, al constarle ya la existencia de la misma póliza o aseguramiento a la aseguradora previamente al evento, estableciendo, justamente, el artículo 5.º de la Ley de Contrato de Seguro (LCS) que «el contrato de seguro y sus modificaciones o adiciones deberán ser formalizadas por escrito. El asegurador está obligado a entregar al tomador del seguro la póliza o, al menos, el documento de cobertura provisional. En las modalidades de seguro en las que por disposiciones especiales no se exija la emisión de la póliza, el asegurador estará obligado a entregar el documento que en ellas se establezca». Y, además, se ha señalado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo que «el motivo no puede ser acogido, ya que la forma escrita, que exige, para el contrato de seguro y sus modificaciones o adiciones, el artículo 5.º de la Ley 50/1980, no cumple el papel de presupuesto de la existencia de los mencionados negocios jurídicos (forma *ad solemnitatem* o *ad substantiam*), sino de medio de prueba del acuerdo de voluntades y de la reglamentación o *lex privata* nacida de él. La jurisprudencia ha interpretado la referida norma en el sentido de que la imposición de la forma escrita no impide que el contrato, su modificación o adición, existan y sean válidos sin ella, claro está, si se prueba por cualquier medio su existencia y contenido. Así, la Sentencia de 22 de diciembre de 1990 negó que el artículo 5.º de la LCS contemple uno de los supuestos admitidos en nuestro ordenamiento de forma *ad solemnitatem* impuesta o imperativa. La Sentencia de 24 de mayo de 1988 parece seguir la dirección contraria, pero lo hizo en un caso en el que, además de no haberse formalizado la póliza, no se había producido acuerdo en firme de aseguramiento. Y si la Sentencia de

15 de julio de 1988 negó que un recibo de pago de prima valiera como expresión de un nuevo contrato, es porque tomó en consideración que el mismo era posterior al siniestro».

3. Nos recuerda la doctrina jurisprudencial que, respecto a condiciones generales referidas al derecho de información completa y clara del asegurado, se precisa que el contratante por adhesión conozca en todo momento lo que contrata, y el alcance del contrato, constituyendo una exigencia legal de la que no se puede privar al asegurado en momento alguno.

Ello significa que si, respecto de condiciones generales referidas al rescate y rescisión de pólizas en ramos sobre ahorro, no se indica el método de cálculo del valor del rescate, existe una desproporción no aclarada suficientemente sobre el mismo valor del rescate, y, además, tampoco se indica el método de la revalorización del capital, por lo que se ha de estimar que existió desinformación del asegurado, al contener una remisión a operaciones que debe efectuar la aseguradora de forma unilateral o en base a operaciones no explicadas en forma alguna, pues existió falta de información sobre elementos esenciales de dichos contratos de seguro, siendo indescifrables las cláusulas al impedir conocer al asegurado adherente de la póliza el verdadero alcance de la estipulación suscrita.

Se apostilla que ello tendrá lugar si, de una parte, se omitió el método empleado para el cálculo del valor del rescate ya que el artículo 8.º 1 de la Ley de Condiciones Generales excluye las que sean incomprensibles, salvo que hayan sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente o se ajusten a la normativa específica que discipline en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato, teniéndose por no puestas. Puesta de manifiesto dicha constatada falta de claridad, se ha de estimar abusiva la cláusula en cuestión puesto que se contiene en el contrato una oscuridad evidente que no puede favorecer a quien originó la misma. La facultad consistente en atribuir a la aseguradora la interpretación del contrato, y de determinar sus efectos y extensión, contraviene lo dispuesto en el artículo 1.256 del Código Civil.

Además, si de la lectura de las condiciones o cláusulas cuestionadas se pone de manifiesto que existe una remisión a operaciones o a conocimientos de la exclusiva esfera de la demandada, no exteriorizados de manera que puedan ser conocidos y controlados por el asegurado, se origina la repetida desinformación del asegurado, que debe rechazarse.

Para terminar, y en segundo lugar respecto a una imputada desproporción del valor de rescate, será de apreciar también el carácter abusivo de la condición general si la suma que el asegurado deja de percibir al cancelar el contrato resulta mayor a la que como norma establece el Banco de España, que estima no debe sobrepasar el límite constituido por los intereses acumulados, siendo desproporcionada y abusiva por ello, ocurriendo así, si en las dos primeras anualidades la penalización por el rescate ni siquiera garantiza la recuperación total del capital aportado, siendo una sanción exagerada por el referido rescate.

4. La posible consideración, asimismo, como abusiva del establecimiento de la implantación en las pólizas de seguro de automóviles de la denominada tarifa de siniestralidad o sistema *bonus-*

malus al estimar que tiene carácter oscuro, ha de tener una suerte igual a las anteriores respecto a su estimación como cláusula abusiva de dichos contratos.

Viene siendo habitual que en las pólizas de automóviles de diversas compañías de seguros se pacte el denominado sistema *bonus-malus* en el que se tendrá en cuenta el historial personal de siniestralidad registrada en los precedentes períodos de seguro, incorporándose a los seguros de responsabilidad civil por el uso de vehículos de motor, funcionando como cláusula de modulación de la prima anual a satisfacer por el asegurado, que ve premiada su nula o limitada intervención en accidentes.

Ha de estimarse, para predicar el carácter abusivo de tal estipulación, que se trata de condiciones incompatibles con la igualdad de trato de las partes que ha de regir el contrato, sobre todo si no se indica cuál va a ser el índice de variación de la prima y si se va a mantener o no en años sucesivos tras la primera anualidad de vigencia de la póliza o si se establece la facultad de la aseguradora de modificarlo unilateralmente sin motivo justificado alguno para ello, dificultándose también la comprensión de los contratos en cuestión o dejándolos en manos de la aseguradora al poderlos modificar de forma unilateral, sin que se haya informado en forma precisa al asegurado para asegurar la correcta formación de su voluntad.

5. Tras reconocerse por la doctrina jurisprudencial que debe estimarse que entra dentro del ámbito objetivo del seguro pactado por partes la cláusula de indemnización del vehículo conforme al valor venal así como la referida a la cobertura del seguro de defensa jurídica sólo por el importe de los baremos de los Colegios profesionales, tratándose de cláusulas delimitadoras de los derechos del tomador, aborda la posible nulidad, por su carácter abusivo, de aquellas condiciones generales o cláusulas que, referidas también al seguro de defensa jurídica, lo hacen depender del éxito de la acción judicial, para que proceda o no el cumplimiento de la prestación a la que se refiere.

Debe estimarse al respecto que se trata de cláusula que resulta incompatible con el principio de igualdad que ha de regir en las relaciones entre las partes contratantes, quedando en manos exclusivas de la aseguradora la decisión de acudir o no a la vía de los recursos, resultando que, frente a la obligación del asegurado de pagar una prima cierta y determinada, la aseguradora tendría al respecto una obligación aleatoria e indeterminada. Ha de ser, una vez concertado el seguro de defensa jurídica, la aseguradora la que se haga cargo del pago de su importe.

De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 74 y 76 c) de la LCS, bien se concierte en su modalidad de contrato independiente o en una póliza única junto con otro seguro, se ha de estimar que el asegurador asume la dirección jurídica frente a la reclamación del perjudicado, siendo de su cuenta los gastos de defensa que se ocasionen, salvo en el caso de que el que reclame esté asegurado en la misma compañía, o exista algún otro posible conflicto de intereses, en cuyo caso el asegurado podrá optar entre el mantenimiento de la dirección jurídica del asegurador o confiar su propia defensa a otra persona, estando en este caso el asegurador obligado a abonar los gastos de la dirección jurídica hasta el límite pactado en la póliza.

Por lo tanto, ha de estimarse abusiva la condición general que, referida al seguro de defensa jurídica, haga depender su pago y exigencia del éxito de la acción judicial ejercitada, de la valoración unilateral por la aseguradora sobre si se trata acción viable, o de recurso sostenible, o si las indemnizaciones obtenidas fueran superiores a las ofrecidas.

SENTENCIAS, AUTOS Y DISPOSICIONES CONSULTADAS:

- Código Civil, art. 1.256.
- Ley 7/1998 (Condiciones Generales de Contratación), arts. 1.º, 2.º y 8.º.
- Ley 20/1984 (LGDCU), arts. 1.º y 10 *bis* y disps. adics. primera y segunda.
- Ley 50/1980 (LCS), arts. 5.º, 74 y 76 c).
- Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril, sobre las Cláusulas Abusivas en los Contratos Celebrados con Consumidores, art. 1.º.
- SSTS de 30 de noviembre de 2004 y 30 de diciembre de 2005.
- SSAP de Madrid de 2 de noviembre de 2004 (Secc. 18.^a) y 29 de marzo de 2006 (Secc. 19.^a).