

# LA PROTECCIÓN JURÍDICA DEL CONSUMIDOR Y DEL CLIENTE EN EL MERCADO ASEGURADOR CONFORME A LA PRIMACÍA DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA: UNA PERSPECTIVA SISTEMÁTICA Y TRANSVERSAL DESDE EL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA



Por Francisco Javier Orduña Moreno

Catedrático de Derecho Civil y Exmagistrado de la Sala Primera del Tribunal Supremo  
Presidente del Consejo Asesor del Instituto i+Dret

## I.- DERECHO Y MERCADO: LA FUNCIÓN CONFIGURADORA DE LA NORMA

El planteamiento de nociones básicas o de supra conceptos como es el caso del “mercado” y, por su íntima conexión, del propio concepto de “contrato”, conduce de inmediato a la previa dicotomía existente entre los planos del Derecho y de la Economía, por lo que resulta conveniente su precisión inicial para un correcto análisis metodológico.

Como señala Irti (“Derecho y Mercado”, Revista Patrimonial de Derecho privado, número 3, 1999), esta dicotomía entre Derecho y Economía, particularmente desde su relación dialéctica, ha suscitado dos orientaciones de pensamiento. En síntesis, desde una orientación que puede denominarse “naturalista” la Economía, o si se prefiere el “hecho económico”, es presentado ante el Derecho como un “prius” fenomenológico de distinta índole, característico de un orden natural y experimental que el Derecho debe aceptar o reconocer, pero nunca conformar por su supuesta naturaleza objetiva, externa y tecnocrática.

Sin embargo, desde una perspectiva valorativa más amplia, si se quiere historicista, cultural y metodológica, la realidad social se presenta como un fenómeno ciertamente complejo, pero unitario, que no responde al esquema de esa pretendida dicotomía o fragmentación.

En este sentido, a poco que observemos la realidad social, constatamos cómo los “descriptores” que refieren los hechos económicos, bien aislados o sujetos a un sistema caso, por ejemplo, de la economía liberal, han sido proyectados, a su vez, bajo el incesante filtro de una previa “función configuradora del Derecho”.

En efecto, todo “descriptor económico” relacionado con la economía liberal, que hemos ejemplificado, se presenta ya bajo una previa formulación jurídica de “principios e institutos”. Así, la economía de mercado “presupone” la juridicidad de las claves codificadoras, a saber: **propiedad** privada (artículo 348 del Código Civil), **autonomía o libertad de contratación**, (artículo 1255 del Código Civil), **intercambio de bienes y servicios** por medio de la vinculación del contrato (artículos 1091 y 1254 del Código Civil), **responsabilidad patrimonial** (artículo 1911 del Código Civil) y, en suma, el **monopolio del Derecho** para la interposición de las acciones que puedan derivarse en el ejercicio de los anteriores derechos (tutela judicial efectiva).

Del mismo modo que, en definitiva, la propia noción de mercado puede definirse como una “unidad jurídica de relaciones de intercambio” y, a su vez, como un “estatuto normativo”.

El **hecho económico**, por tanto, no solo no opera, en la realidad social, de un modo **“exclusivo y excluyente”**, sino que es **“formulado y racionalizado”** desde institutos y principios jurídicos.

La **realidad social de la economía de mercado**, y sus diferentes desarrollos, responde a la juridicidad de una propuesta de **“política legislativa”** que determina normativamente sus respectivas alternativas y contenidos.

Esta **función conformadora del Derecho**, en su nivel de reglas básicas, también la podemos analizar, como indicara el profesor **Díez-Picazo** (Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial, tomo 1, 1996), en el concepto de **“orden público económico”**, como expresión de los principios jurídicos que actúan en la organización económica de una sociedad, en un momento y contexto determinados.

El **presente estudio** parte de esta función configuradora o transformadora de la norma, particularmente desde la **“compatibilidad”** que presenta nuestro reconocimiento constitucional de la **“economía de mercado” (artículos 33 y 38 CE) con los principios e instituciones del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea** (en adelante, TFUE), de la **“interrelación”** de sus respectivos instrumentos de función social y equidad del mercado interior y, especialmente, de su **armonizado desenvolvimiento común**, a través del principio de **“primacía del Derecho de la Unión Europea”**, conexo al orden público económico comunitario, y a la **“aplicación transversal”** que si infiere de los nuevos valores, caso de **“principio de transparencia”**.

## II.-CONTRATACIÓN, MERCADO Y DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

### 1.- El principio de primacía del Derecho comunitario como “clave o llave de acceso” de la función configuradora de la norma europea

En la **actualidad**, como hemos señalado, esta función configuradora del Derecho sobre la realidad económica de la noción de “Mercado” se ha proyectado desde la señalada “compatibilidad” que presenta el reconocimiento constitucional de nuestra “economía de mercado”, con los “principios” de los Tratados de la Unión Europea.

En esta línea, el **“principio de primacía del Derecho de la Unión Europea”** fue consagrado por la jurisprudencia del TJUE desde su primera **sentencia de 15 de julio de 1964**, asunto C-6/64. **Primacía** que, sin lugar a dudas, también ha sido reconocida en nuestro ordenamiento jurídico, tanto por las **resoluciones de nuestro Tribunal Constitucional**, casos, entre otras, de las sentencias 145-2012, de 2 de julio, 26-2014, de 15 de febrero, 320-2015, de 5 de noviembre, 17-2017, de 19 de junio y 37-2019, de 26 de marzo; así como por las **sentencias de la Sala Primera de nuestro Tribunal Supremo**, casos, entre otras muchas, de las SSTs 241/2013, de 9 de mayo, 469/2015, de 8 de septiembre y de la reciente 40/2021, de 2 de febrero.

En este contexto, hay que precisar que dicho principio ha sido elevado a “**rango normativo**” mediante la **Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio**, de modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que introduce un nuevo **artículo 4 bis**, que dispone en su **apartado primero** que: **los Jueces y Tribunales aplicarán el Derecho de la Unión Europea de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.**

También hay que señalar, conforme a la puntualización del propio TJUE, entre otras, **sentencia de 1 de octubre de 2015**, asunto C-32/14, que la jurisprudencia que dicta respecto del alcance y contenido de las Directivas de la Unión Europea (entre otras, la **Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril**, sobre contratación con consumidores) se inscribe en el “**marco específico de la función judicial**”. **De modo que** hay que considerar que la “**totalidad**” de estas Directivas europeas, especialmente respecto de sus “**normas imperativas o armonizadas**”, constituyen disposiciones imprescindibles para el cumplimiento de las “**funciones**” confiadas a la Unión Europea.

Por lo que su aplicación “**prevalente**” comporta un “**asunto de interés público**” y de “**interés general**” para la propia Unión Europea y, por extensión, para los países miembros de dicha Unión; como expresamente se recoge en los **artículos 114 y 119 del TFUE**. Entre otras, **SSTJUE de 30 de abril de 2014**, asunto C-13 y **de 26 de febrero de 2015**, asunto C-143/3 apartado 50. **Se trata**, por tanto, de la aplicación preferente de la “**normativa europea armonizada**” que, a su vez, debe ser custodiada “**de oficio**” por los órganos jurisdiccionales nacionales.

Además, siguiendo a **Sánchez García, J.**, (“El principio de efectividad en la jurisprudencia del TJUE en materia de consumidores”, Revista Jurídica de Catalunya, número 1, 2017), hay que resaltar que junto con el principio de primacía del Derecho comunitario, en materia procesal es necesario tener presente el llamado “**control de convencionalidad**”, conforme al mandato de los **artículos 10.2 y 96 de la Constitución**, estableciendo este último artículo que los Tratados Internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno y que respecto al Convenio Europeo de Derechos Humanos y, más concretamente su artículo 6.1, deberá ser interpretado conforme la doctrina jurisprudencial emanada, en este caso, por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Por lo que este “**principio de primacía del Derecho comunitario**”, aparte de su conexión directa con la “**tutela judicial efectiva en el espacio europeo**”, **artículo 47.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y de los artículos 6 y 13 del CEDH (STJUE de 18 de marzo de 2010, asunto C-317/08)**, “**constituye la clave o la llave de acceso del plano configurador de la normativa europea sobre nuestra organización económica**”.

Este **plano configurador** que abre el principio de primacía se realiza **“en toda su extensión y de forma garantista”**. En toda su extensión, porque como recuerda la **STJUE de 20 de septiembre de 2011**, asunto F-8/05, la aplicación del artículo 47.1 de la citada Carta de Derechos, no queda limitada a la protección de los Derechos Fundamentales, sino que abarca también la protección de todos los derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión. **Con lo que** su protección también alcanza a lo dispuesto en el **artículo 38** de la meritada Carta, con relación a la garantía de un **“elevado nivel de protección a los consumidores europeos”**.

**Protección** que, como veremos más adelante, **“presupone”** tanto un **“específico modelo”** de protección social europeo de los consumidores, desarrollado principalmente por las Directrices de protección de consumidores, como el **“rango de normas de orden público”** de sus preceptos nucleares; caso, entre otros, del artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE.

**De forma garantista** porque la expansión conceptual del principio de primacía permite la articulación de **“de otros principios auxiliares”** que tiene la función de reforzar su aplicación material, caso del denominado **“principio de equivalencia”** y del llamado **“principio de efectividad”**.

**En efecto**, el TJUE ha venido reiterando de forma constante que a falta de una normativa de la Unión en materia procesal, corresponde al ordenamiento jurídico de cada Estado miembro su regulación, en virtud del principio de autonomía procesal, **a condición de que las normas** que los regulen no sean menos favorables que las que rigen en situaciones similares de carácter interno, (**principio de equivalencia**), y de que no hagan imposible la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión (**principio de efectividad**); **SSTJUE de 8 de marzo de 2017**, asunto C-14/1; **de 26 de enero de 2017**, asuntos C-42/14; **de 26 de octubre del 2016**, asuntos acumulados C-568/14 a 570/14 y **de 9 y 14 de junio de 2012**, asuntos C-618/10, entre otras muchas.

## **2.- Contratación y mercado como “realidades indisociables”. La contratación bajo condiciones generales como “práctica de mercado”. Su correlación con el Derecho de la competencia**

Sentada la **“juridicidad”** del concepto de mercado, respecto de los elementos o componentes económicos que también confluyen en dicho concepto, la misma idea o noción de **“unidad”**, que preside el análisis metodológico de la realidad social, se proyecta sobre el binomio **“Contratación - Mercado”**, como realidades indisociables en la función y alcance que comportan tanto el **“principio de primacía del Derecho comunitario”**, como su correlato informador a través de las citadas **“Directrices de orden público”**.

**Sin perjuicio** de lo que se expone más adelante, ya hemos indicado, con carácter general, cómo esta conexión o interrelación entre **“Contratación y Mercado”** principia en las mismas **“claves codificadoras”** que posibilitan la juridicidad de la noción de **“economía de mercado”**, esto es, en el previo reconocimiento del Derecho de la contratación como cauce idóneo del intercambio de bienes y servicios que permite, a su vez, definir al mismo mercado como una **“unidad jurídica de relaciones de intercambio”**.

**En este contexto de interrelación**, hay que **“subrayar”** que la propia contratación bajo condiciones generales constituye, en sí misma considerada, una **“auténtica práctica de mercado”**. Por lo que, en esencia, puede afirmarse que su práctica configura al mercado en su sentido funcional, es decir, **“como un eslabón necesario de su cadena de montaje”**, de su competitividad y correcto funcionamiento. De ahí su clara conexión con el Derecho de la competencia, de cara a la realidad de un mercado actual cada vez más **“integrado, conexo y complejo”**, merced, precisamente, a la contratación bajo condiciones generales.

**El moderno Derecho de la competencia**, por tanto, principia en el correcto análisis de la contratación seriada que constituye un claro exponente de la **“calidad”** del mercado o sector tomado en consideración.

**En esta dirección**, desde la primacía del Derecho de la Unión Europea y, por tanto, desde su correlación con la definición de mercado como **“estatuto normativo”**, también se ha destacado, conforme a citado **“Comunicado de la Comisión Europea”** el **“papel central”** que desempeña la **Directiva 93/13/CEE** como **“instrumento normativo para lograr la equidad y buen funcionamiento del Mercado interior europeo”**. En realidad, dicha Directiva opera como una **“Ley General de Condiciones de la Contratación”** a nivel europeo, estrechamente relacionada con la **“tutela del correcto funcionamiento del mercado interior europeo”**.

**Papel central** que, desde el plano de la protección del consumidor, ha sido subrayado por la jurisprudencia del TJUE en numerosas ocasiones. Así como por ejemplo, en la **sentencia 6 de julio de 2017**, asunto C-290/16, para señalar que la precitada Directiva **“se aplica a los contratos celebrados entre profesionales y consumidores en todos los sectores de la actividad económica”**.

**Consecuencia** que no impide que, a los efectos de la protección del consumidor, también pueda resultar de aplicación otras Directivas, especialmente respecto de preceptos de aplicación horizontal que mejoren su nivel de protección.

En la **sentencia de 20 de septiembre de 2017**, asunto C-156/16, para reiterar que la **“exigencia del principio de transparencia de la Directiva 93/13/CEE se aplica a todo tipo de cláusulas contractuales”**. Así como en la **sentencia de 20 de septiembre de 2018**, asunto C-448/17, para **“precisar” que la Directiva resulta de aplicación imperativa para toda la legislación de consumo de la Unión Europea**.

Junto con esta **“centralidad”** de la Directiva 93/13/CEE, la transversalidad del binomio **“Contratación-Mercado”** también se hace patente, como más adelante se expone, en la **“función armonizadora”** que desarrollan las citadas **Directrices de orden público comunitario**, en la medida en que expresan las reglas básicas de la organización económica del Espacio Europeo y, por tanto, de la estructura de su sistema económico, considerado en su **“integridad o unidad”** de acuerdo con las funciones y fines encomendados a la Unión Europea.

**Contratación y Mercado** que, a los efectos del “Modelo social europeo de protección del consumidor”, representan realmente **“dos caras de la misma moneda”**, sin posibilidad de que la diferenciación técnica u operativa de estos conceptos **“pueda menoscabar el nivel exigido de protección jurídica y económica” de los consumidores europeos**.

### **3.- Marco de armonización y Orden público comunitario: norma imperativa y Directrices de orden público económico**

El **principio de primacía del Derecho comunitario**, como “clave o llave de acceso” de cara al impulso configurador de la norma europea, tiene como finalidad articular un **“espacio jurídico armonizado”** para el cumplimiento de las funciones confiadas a la Unión Europea.

**Esta armonización**, desde el ámbito de competencia y conectividad del Derecho comunitario, se instrumentaliza primordialmente desde el **“rango”** que presentan las normas de **“orden público comunitario”**.

**Desde esta necesaria perspectiva de análisis**, se deben distinguir **“dos niveles”** de incidencia en el sentido y alcance armonizador que proyecta el orden público comunitario.

**En un primer nivel**, más concreto, el orden público comunitario atiende al **“principio de jerarquía normativa”** desde la caracterización que presenta la **“norma imperativa”**. Así, el TJUE, en su **sentencia de 21 de diciembre de 2016**, nos reitera que el **artículo 6.1** de la Directiva 93/13/CEE es una disposición que debe considerarse como norma equivalente a las disposiciones nacionales que en el ordenamiento nacional tienen la naturaleza de normas de orden público, **“así como una norma imperativa”** (apartados 54 y 55 de dicha sentencia).

En este primer nivel, la norma armonizada sienta la **“preferente aplicación”** del mandato de la norma europea sobre la normativa nacional, especialmente mediante el indicado **“principio de efectividad”**; supuesto del citado artículo 6.1 de la Directiva, pero también de su **artículo 4.2** (prohibición del control judicial de precios) en aquellos ordenamientos nacionales en que haya resultado traspuesto y, por tanto de aplicación plena, caso de España (entre otras, **STS 660/2020, de 10 de diciembre**).

**No obstante**, desde un segundo nivel más amplio conceptualmente, el Orden público comunitario participa de las denominadas **“Directrices de orden público económico”** que reflejan la configuración jurídica de la estructura y del sistema económico del espacio europeo. Así, el TJUE ha venido estableciendo de forma constante (**sentencia 26 de octubre de 2006**, asunto C- 168/05, entre otras muchas), que el artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE es una disposición de carácter imperativo, equivalente a las disposiciones nacionales que en el ámbito interno tienen rango de normas de orden público **y que dicha Directiva en su totalidad constituye una medida de indispensable para el cumplimiento de las misiones confiadas a la Unión, especialmente para la elevación del nivel y de la calidad de vida en el conjunto de ésta.**

En este mismo sentido, el relevante **Comunicado de la Comisión Europea** relativo a las **“Directrices sobre interpretación y aplicación de la Directiva 93/13/CEE de 27 de septiembre de 2019**, enfatiza literalmente en su apartado introductorio que: **“la Directiva 93/13/CEE es una Directiva basada en principios. Protege a los consumidores contra las cláusulas abusivas en todos los tipos de contratos celebrados entre empresas y consumidores. Por ello es un instrumento central para lograr la equidad en el mercado interior”**.

**De forma que**, fuera de la valoración de las circunstancias concretas que presente el caso en cuestión, el órgano jurisdiccional nacional viene **“obligado”** a interpretar el Derecho nacional desde su **“conformidad o adecuación con el Derecho de la Unión”**, es decir, con arreglo a la **“luz de la letra y a la finalidad de las Directivas”** (**SSTJUE de 30 de abril de 2014**, asunto C-26/3 **y de 21 de enero de 2015**, asunto C-482/13).

**No es casual**, conforme a lo que venimos exponiendo, que este concepto más amplio de Orden público económico aparezca, por primera vez en nuestro Derecho nacional, en la **Exposición de Motivos de la Ley de 27 de julio de 1963** destinada, precisamente, a la **“represión de las prácticas restrictivas de la competencia”**, esto es, a la **ordenación del mercado**.

El **“principio de primacía del Derecho comunitario”** representa, por tanto, la **clave de acceso** de la función configuradora de la normativa europea sobre el espacio del mercado europeo. **Función configuradora** que se articula mediante un **“marco de armonización”** (normas armonizadas), que posibilitan una interpretación **“autónoma y uniforme”** de las Directivas y Reglamentos en todo el territorio de la Unión Europea (STJUE del 30 de abril de 2014, asunto C-26/13, y que, a su vez, responde a la prevalencia

del **“Orden público comunitario”**; especialmente cuando, más allá de su faceta como norma imperativa, dicho Orden público se proyecta en la **“consecución de los objetivos y valores comunitarios”**, esto es, **comporta la aplicación de las Directrices de orden público económico comunitario, como cauce de adecuación del propio Derecho nacional hacia la convergencia del espacio europeo.**

**En este sentido**, de forma paradigmática, la **STJUE de 21 de abril de 2016**, asunto C-377/14, en materia de protección de consumidores relativa a la Directiva de crédito al consumo, en su apartado 61 declara lo siguiente:

*“Debe ponerse de relieve previamente que la obligación de información formulada en el artículo 10, apartado 2, de la Directiva 2008/48, al igual que las impuestas en sus artículos 5 y 8, contribuye a alcanzar el objetivo perseguido por esta última, que consiste, como se desprende de sus considerandos 7 y 9, en establecer, en materia de crédito al consumo, una armonización completa e imperativa en un cierto número de materias clave, considerada necesaria para garantizar a todos los consumidores de la Unión un nivel elevado y equivalente de protección de sus intereses y para facilitar el desarrollo de un mercado interior eficaz del crédito al consumo (véase, por analogía, la sentencia de 18 de diciembre de 2014, CA Consumer Finance, C-449/13, EU:C:2014:2464, apartado 21 y jurisprudencia que allí se cita).”*

### **III.- MERCADO ASEGURADOR Y DIRECTRICES DEL ORDEN PÚBLICO ECONÓMICO**

#### **4.- El mercado asegurador como “espacio armonizado” del Mercado interior europeo**

El **“mercado europeo”** como estatuto normativo, responde **“a un espacio jurídico armonizado”** de cara al cumplimiento de las **“funciones y valores”** confiados al ámbito de competencia y conectividad del Derecho de la Unión Europea.

La configuración jurídica de este espacio armonizado, como se ha subrayado, se proyecta primordialmente a través de las citadas **“Directrices de orden público económico comunitario”** como expresión del conjunto de principios jurídico que estructuran y organizan la actividad económica en el seno de la Unión Europea.

**Desde esta perspectiva**, el mercado del seguro, como sector integrante del **“Mercado interior europeo”** queda sujeto a este espacio armonizado de cara al cumplimiento de sus fines y objetivos, especialmente a la consecución de la **“equidad y buen funcionamiento del Mercado interior”**; tal y como establece el **artículo 169 del TFUE**. Antes de entrar en la exposición concisa de estos principios, interesa precisar las notas o características del **“proceso o dinámica”** que conduce a la formulación de estas Directrices de Orden público económico.

Desde este punto de análisis, debemos tener en cuenta las siguientes consideraciones. En primer lugar, hay que puntualizar que estos principios, como directrices o reglas básicas, no se articulan de un **“modo autónomo”**, sino que responden a una **“dinámica integradora”** implícita ya en el propio espacio jurídico armonizado del mercado europeo.

En efecto, en la línea de esta consideración, hemos destacado el **“criterio de compatibilidad”** con el que se diseña la correlación de los principios constitucionales de nuestro sistema económico (entre otros, economía de mercado, defensa de los consumidores y usuarios, interés general o principios rectores de la política social y económica), con los principios e institutos de la organización económica de la Unión Europea, particularmente a tenor del citado Tratado de funcionamiento de la Unión Europea.

En segundo lugar, hay que realzar que estos principios o directrices básicos también se articulan de un **“modo sistémico”**, esto es, conforme a la unidad que presenta el espacio armonizado de cara a la consecución de las funciones y objetivos encomendados a la Unión Europea.

Esta puntualización es importante porque nos ilustra no solo de la función armonizadora, como un espacio ordenado sino, sobre todo, de que la concurrencia de principios o reglas básicas en dicha ordenación, no se realiza en un **“contexto dialéctico de conflicto”** entre dichos principios. Por lo que su armonización no se lleva a cabo mediante la técnica de **“ponderación”** de los valores en liza caso, por ejemplo, de la colisión o confrontación constitucional de los derechos al honor o a la propia imagen con los derechos de libertad de expresión o de información. Por el contrario, conforme a la nota de integración señalada, la interrelación de dichos principios ya viene implícita o conformada en la propia **“unidad”** que presenta el espacio armonizado de acuerdo con la consecución de las funciones y fines encomendadas a la Unión Europea.

De ahí, por ejemplo, que el previo **“reconocimiento y contenido”** de la contratación bajo condiciones generales que realiza la Directiva 93/13, es decir, su consideración legal como un **“cauce adecuado”** para la realización de la función de intercambio en masa de bienes y servicios en el espacio europeo, ya lleve implícita que dicha función deba ajustarse a la **“equidad y correcto funcionamiento del mercado, mediante el control de las cláusulas abusivas”**. De esta forma, si observamos, nos percataremos de cómo la articulación **“sistémica”** de estos principios o reglas básicas ya está presente en los **“aspectos claves”** de la reglamentación de la Directiva 93/13.

En este sentido, por ejemplo, la citada Directiva, conforme al principio de libertad económica, inicialmente excluye el control judicial de la abusividad en el ámbito del “objeto principal del contrato” y de la “adecuación entre precio y retribución”, tal y como dispone su artículo 4.2. **No obstante**, dicha exclusión no resulta absoluta o imperativa, pues los Estados miembros, de acuerdo con la armonización de mínimos de la Directiva, pueden suprimirla con el fin de garantizar un mayor nivel de protección a los consumidores (artículo 8).

Sin embargo, el “control de transparencia”, por su operatividad en la contratación bajo condiciones generales y, por extensión, en la propia competencia del mercado, sí que resulta aplicable al contrato predispuesto en toda su “integridad”, es decir, sin distinción de elementos principales o accesorios (artículos 4.2 y 5 de la Directiva).

En parecidos términos, con relación al “principio de no vinculación” de la cláusula abusiva (principio de efectividad del artículo 6.1), o con el “examen de oficio” de la posible abusividad de las cláusulas predispuestas, por los órganos jurisdiccionales nacionales.

En tercer lugar, hay que indicar que estos principios, por su mismo proceso dinámico, “no son inmutables, ni absolutamente permanentes”. Por el contrario, su propia integración exterioriza que se trata de un “sistema flexible y abierto” que permite tanto la “interrelación de sus principios” en diferentes niveles de armonización, como la “formulación de nuevos valores o principios” que desarrollen y actualicen el propio sistema; caso paradigmático del “principio de transparencia” que se ha decantado, primordialmente, desde la interpretación y aplicación de la Directiva 93/13 por la jurisprudencia del TJUE.

En cuarto lugar, como veremos más adelante con detalle, conviene resaltar el “carácter transversal” de estos principios o reglas básicas y, por extensión, del espacio europeo armonizado. De suerte que su carácter informador e incluso de norma imperativa, alcanza al conjunto del “Mercado interior europeo”. Por lo que el mercado del seguro, bajo esta perspectiva de análisis, y con independencia del esquema seguido por el Supervisor Nacional, no resulta estrictamente “sectorizado o fragmentado” (Banca, Bolsa y Seguros), sino “integrado” en las normas armonizadas y principios de los Reglamentos y Directivas europeas. Caso, una vez más, del principio de transparencia y su aplicación transversal a todo tipo de contratos celebrados entre empresas y consumidores; incluida la contratación de los seguros bajo condiciones generales.

Por último, conviene destacar que el “papel” de estas Directrices de orden público económico, también ha sido reconocido por la doctrina jurisprudencial de nuestro Tribunal Supremo.

**En efecto, en un primer momento**, el Alto Tribunal, **STS 406 /2012, de 18 de junio**, con ocasión de la debida diferenciación conceptual entre la aplicación de la Ley de Usura, de 1908, respecto del fenómeno de la contratación bajo condiciones generales, ya advirtió, con carácter general, de la distinta naturaleza y alcance que para el tráfico patrimonial presentaba la contratación bajo condiciones generales desde su consideración como un **“auténtico modo autónomo y específico de contratar”**, claramente diferenciado del contrato por negociación y su régimen en el Código Civil.

**En un segundo momento**, de forma más concreta o directa, el Tribunal Supremo precisó el distinto fundamento y función que, desde la primacía del Derecho comunitario, cabía aplicar en el ámbito de la contratación seriada al amparo de las citadas Directrices de orden público económico. Caso de la **sentencia 464/2014, de 8 de septiembre**, que declara lo siguiente:

*“Control de transparencia: caracterización y alcance. Doctrina jurisprudencial aplicable. 4. Contexto interpretativo. **El desenvolvimiento de las Directrices de orden público económico. En la actualidad, conforme al desenvolvimiento social, económico y cultural y, particularmente, desde un claro impulso de actuaciones judiciales, tanto nacionales como europeas, se está asistiendo a un proceso de reforzamiento de los derechos de los consumidores y usuarios. La impronta del control de transparencia, como una plasmación del principio de transparencia real, implícito en el marco general del control de abusividad, constituye una buena prueba de lo afirmado, así como de la conveniencia de seguir afinando el fundamento técnico que sustenta su correcta aplicación. En esta línea, la doctrina jurisprudencial de esta Sala (SSTS de 18 de junio de 2012, núm. 406/2012), de 15 de enero de 2013, núm. 827/2012, de 17 y 18 de enero de 2013, núms. 820/2012 y 822/2012, respectivamente, de 18 de noviembre de 2013, núm. 638/2013 y de 30 de junio de 2014, núm. 333/2014, entre otras), conforme al acervo y el peso de la formación del Derecho contractual europeo, a tenor de sus principales textos de armonización, ya ha advertido de la profundidad de este proceso a raíz de su conexión con el desenvolvimiento mismo de las Directrices de orden público económico, como principios jurídicos generales que deben informar el desarrollo de nuestro Derecho contractual. En síntesis, este proceso, en el ámbito de las condiciones generales que nos ocupa, tiende a superar la concepción meramente “formal” de los valores de libertad e igualdad, referidos únicamente a la estructura negocial del contrato y, por extensión, al literalismo interpretativo (pacta sunt servanda), en aras a una aplicación material de los principios de buena fe y conmutatividad en el curso de validez, control y eficacia del fenómeno de las condiciones generales de la contratación. 5. Su calificación como propio y diferenciado modo de la contratación.***

*En atención al contexto descrito conviene resaltar la perspectiva conceptual y metodológica de la doctrina jurisprudencial de esta Sala que ha partido, ab initio, de la realidad de este fenómeno para señalar que la contratación bajo condiciones generales, por su naturaleza y función, tiene una marcada finalidad de configurar su ámbito contractual y, con ello, de incidir en un importante sector del tráfico patrimonial, de forma que conceptualmente debe precisarse que dicha práctica comercial constituye un auténtico modo de contratar claramente diferenciado del paradigma del contrato por negociación regulado por nuestro Código Civil, con un régimen y presupuesto causal propio y específico que hace descansar su eficacia última, no tanto en la estructura comercial del consentimiento del adherente, como en el cumplimiento por el predisponente de unos especiales deberes de configuración contractual en orden al equilibrio prestacional y a la comprensibilidad real de la reglamentación predispuesta, en sí misma considerada. Esta calificación jurídica, reconocida inicialmente en la citada Sentencia de esta Sala de 18 de junio de 2012, ha sido una constante en la doctrina jurisprudencial aplicable al fenómeno de la contratación seriada siendo reiterada, tanto por la Sentencia de esta Sala que primeramente enjuició el supuesto de las cláusulas suelo, la también citada STS de 9 de mayo de 2013, como por las resoluciones más recientes en materia de contratación seriada, SSTS de 10 de marzo de 2014 (núm. 149/2014), de 11 de marzo de 2014 (núm. 152/2014) y de 7 de abril de 2014 (núm. 166/2014 ).”*

Además, en esta línea hay que señalar que el Tribunal Supremo también ha reconocido esta función armonizadora, si se quiere informadora, de las Directrices de orden público económico, plenamente concordante con los **“Principios del Derecho Europeo de los Contratos”**, a la hora de actualizar y modernizar otros significativos institutos. Caso, por ejemplo, de la cláusula rebus sic stantibus (STS 333/2014, de 30 de junio).

##### **5.- “Principios fundacionales y funcionales” de la ordenación del Mercado europeo. Principio de transparencia: protección del consumidor y tutela del mercado**

De cara a la exposición sintética de estas “Directrices de orden público económico” y conforme a la arquitectura axiológica dispuesta en los Tratados de la Unión Europea, interesa comenzar su análisis desde una **“distinción conceptual”** que refleja muy bien tanto la **interrelación** de estas Directrices, como el carácter **unitario, flexible y abierto** que presenta su formulación. Nos estamos refiriendo a la distinción entre lo que podemos denominar, inicialmente, como **“principios fundacionales”** de la organización de Mercado y los principios que podemos denominar como **“principios funcionales”** de dicha organización.

En este sentido, los principios fundacionales responden, prima facie, a aquellas directrices o reglas básicas que, por su posición central o sistémica, constituyen el **“fundamento mismo”** de la organización del espacio económico europeo, esto es, comportan la referencia **“constitutiva o fundacional”** del propio sistema, de su sentido originario y de su razón de ser.

En un primer plano, desde esta perspectiva de análisis y de acuerdo con el criterio de compatibilidad señalado, estos principios fundacionales atienden a aquellas directrices o reglas básicas que inspiran el **“fundamento primario”** de la organización de la economía de mercado.

El **“principio de libertad económica”** constituye, por excelencia, la primera manifestación de estos principios fundacionales, pues su consecuencia inmediata son las reglas básicas de **“libertad de mercado”**, de **“libertad de empresa”**, de **“libre concurrencia económica”** y de **“libertad de contratación”**. Reglas básicas que sustentan directamente el **“orden público económico europeo”** y su **“Mercado interior”**, tal y como disponen los artículos del TFUE, en particular, el **artículo 26** (mercado interior), **artículo 28** (libre circulación de mercancías), **artículo 49** (libertad de establecimiento) y **artículo 120** (economía de mercado abierta y libre contratación), y también la **Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, artículo 16**, con relación al reconocimiento de la libertad de empresa. Como también los **artículos 4, 5 y 6** de la **Directiva UE 2016/97 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre “distribución de seguros”**, que reiteran los principios de libertad de establecimiento y de libre prestación de servicios consagrados en el TFUE.

La **“igualdad de trato”** en la libre concurrencia económica es otro de los principios fundacionales que, como desarrollo del principio de libertad económica en la ordenación de la economía de mercado, también participa en la inspiración de ese **“fundamento primario”** que implícitamente caracteriza el **“orden público económico europeo”** y su proyección en el Mercado interior. Como expresamente recoge la **Directiva 2006/123/CE sobre “servicios en el mercado interior”, de 12 de diciembre de 2006**, considerando 65, **“la libertad de establecimiento implica, en concreto, el principio de igualdad de trato”**.

En el campo del seguro, la citada **Directiva UE 2016/97**, considerandos 5 y 16, entre otros, destaca su finalidad tanto en garantizar una **“igualdad de trato”** entre los operadores de la distribución de seguros, como en promover la **“igualdad de condiciones de competencia”** entre dichos operadores o intermediarios en la contratación de seguros.

A su vez hay que precisar que ambos principios, libertad económica e igualdad de trato en la libre concurrencia, están estrechamente conectados con el **“correcto funcionamiento del Mercado interior”**, mediante los **“principios de defensa de la competencia”** y la correspondiente sanción de aquellas prácticas que la vulneren o la restrinjan de un modo injustificado, **artículos 3.2, 101 y 102 del TFUE**.

En un segundo plano, hay que resaltar, al margen de los numerosos principios rectores de política social que reconoce el TFUE, y conforme a su ámbito de competencia compartida, **artículo 4.2 de dicho Tratado**, que el marco de armonización de la ordenación del mercado europeo ha incorporado otros **“nuevos principios”** que si bien, prima facie, no inspiran directamente el carácter de “fundamento primario o constitutivo” del mercado europeo, sí que resultan igualmente **“fundacionales o estructurales”** en la medida en que participan o reflejan aquellas directrices o principios que, como **“desarrollos necesarios del anterior fundamento primario”**, deben concurrir tanto para el correcto funcionamiento del mercado interior, como también para conseguir la equidad en el espacio europeo.

Sin duda, de acuerdo con el objeto del presente estudio, nos estamos refiriendo al **“principio de protección de los consumidores”**.

El principio de protección de los consumidores, reconocido competencialmente en el citado **artículo 4.2, letra f, del TFUE** resulta enfatizado tanto en la **“aplicación general o coordinada”** de las diferentes políticas y acciones de la Unión Europea, **artículo 12 del Tratado**, como también por ser un **“específico ámbito de su política social y económica”**, **artículo 169 del Tratado** que, en concordancia con el **artículo 38 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión**, precisa y resalta que la tutela del consumidor en el marco armonizado de la Unión Europea debe responder a un **“modelo”** que garantice un **“alto nivel de protección”**.

En consecuencia, se debe afirmar que, para el marco de armonización, diseñado por el orden público económico europeo, la directriz de protección de los consumidores constituye un **“objetivo de interés general”** y **“un asunto cuestión de interés público”** que, como tal, comporta una **“aplicación prevalente”** para la propia Unión Europea y, por extensión, para los países miembros de dicha Unión (SSTJUE de 30 de abril 2014, asunto C-26 /13 y de 26 de febrero de 2015, asunto C-143/3). Por lo que se trata, por tanto, de una aplicación prevalente que, a su vez, debe ser custodiada **“de oficio por los órganos jurisdiccionales nacionales”**.

En la línea de lo expuesto, la meritada **Directiva UE 2016/17, sobre la distribución de seguros**, considerando 10, destaca que “las recientes turbulencias financieras y las actuales, han puesto de **manifiesto la importancia de garantizar la protección del consumidor de manera efectiva en todos los sectores financieros, por lo que resulta oportuno fortalecer la confianza del cliente y hacer más uniforme el régimen regulador aplicable a la distribución de los productos de seguros, a fin de garantizar un nivel de protección adecuado en toda la Unión Europea.**

**Este principio de protección del consumidor**, como se ha indicado, comporta también un **“interés general”** de tutela del mercado, de su correcto funcionamiento; en la medida en que el principio de transparencia incide directamente en la calidad de la **“contratación bajo condiciones generales”** como **“práctica”** implícita en el funcionamiento del mercado. **De ahí**, que la tutela del mercado se inicie con la transparencia como principio jurídico de la contratación bajo condiciones generales. El correcto funcionamiento del mercado, por tanto, desde las citadas Directrices de orden público económico, se consigue **“de un modo secuencial y correlativo”**, esto es, empezando por la calidad que ofrezcan los canales de contratación de bienes y servicios.

Ello no es solo una consecuencia de la definición de mercado, como unidad jurídica de relaciones de intercambio, sino también de la realidad actual de un mercado, cada vez más integrado y conexo en sus sectores, merced, precisamente, a su desenvolvimiento a través de las condiciones generales de la contratación.

**Por otra parte**, en la distinción conceptual que seguimos para explicar el alcance armonizador de las Directrices de Orden público económico del espacio europeo, hay que matizar, tal y como recoge el citado Comunicado de la Comisión Europea, de 27 de septiembre de 2019, que junto con el reconocimiento formal de los anteriores principios fundacionales, **la jurisprudencia del TJUE también ha “desarrollado o decantado” numerosos principios generales implícitos en el marco armonizador de los Reglamentos y Directrices europeas.**

**Estos principios generales**, con un carácter implementador, son los que podemos calificar como **“principios funcionales”**, en la medida en que son representativos de aquellas directrices o reglas básicas que tienen como fundamento inspirador la instrumentalización de la aplicación **“efectiva o material”** de los anteriores principios fundacionales, conforme a los **“objetivos y funciones”** encomendadas a la Unión Europea en la ordenación de su espacio armonizado.

**Es el caso** ciertamente paradigmático, del **“principio de transparencia”** como principio clave para lograr la aplicación efectiva de la protección de los derechos de los consumidores en el **“Mercado europeo de la contratación bajo condiciones generales”**. Al amparo, a su vez, como se ha señalado, **de la Directiva 93/13 como instrumento central para lograr la equidad en el mercado interior.**

#### **IV.- LA CALIDAD DE LA CONTRATACIÓN BAJO CONDICIONES GENERALES COMO PRESUPUESTO DE LA CALIDAD DEL SERVICIO EN EL MERCADO EUROPEO: HACIA UN SISTEMA COMPETITIVO, JUSTO Y TRANSPARENTE**

##### **6.- Calidad de contratación y del servicio como presupuestos del correcto funcionamiento del mercado interior europeo**

Aunque la protección del consumidor, conforme a la naturaleza de la contratación bajo condiciones generales, parte de la inicial **“situación de inferioridad”** del consumidor y del cliente, reflejada en la **“asimetría de información, de experiencia y de posición negociadora”**; **no por ello**, el objetivo de lograr un **“efectivo equilibrio”** entre las partes, responde exclusivamente a una estricta **“función tuitiva de carácter particularizado”**, de cara al restablecimiento de los intereses económicos de los consumidores y clientes afectados.

**Sin perjuicio** de esta faceta reparadora, como se ha señalado en las Directrices de Orden público económico, **su objetivo es más amplio**, pues se centra en la protección del consumidor como criterio de **“armonización y equidad del Mercado interior europeo”**; de forma que su función más relevante es **“normativizar”** su aplicación como objetivo de interés general para el correcto funcionamiento del “Mercado interior”, esto es, para la mejora de su competitividad.

**Desde esta perspectiva**, el sistema se articula conceptualmente de un modo **“armónico y coherente”**, dado que establece una clara concordancia y conexión de sus principios e instituciones. **En efecto**, la calidad de contratación bajo condiciones generales constituye un presupuesto indisociable para la calidad del servicio, y ambas resultan necesarias para el objetivo de la protección de los consumidores y para el logro del correcto funcionamiento del Mercado interior, esto es, de su equidad y competitividad.

No es de extrañar, por tanto, que el **“nuevo acervo comunitario”** sintetice este desenvolvimiento del correcto funcionamiento del mercado y del interés general de la protección del consumidor, bajo la fórmula magistral de la **“equidad y transparencia”**. Caso del reciente **Reglamento 2019/1150/UE, de 20 de junio**, con la significativa rúbrica del **“fomento de la equidad y la transparencia para los usuarios profesionales de servicios de interrelación en línea”** que, expresamente, considerandos 3, 8 y 18, entre otros, reconoce que **“garantizar la transparencia en las condiciones generales de la relación contractual, resulta crucial para un sistema de plataformas en línea que sea justo, competitivo y transparente”**.

En parecidos términos, la importante **Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre**, relativa a **“los servicios en el Mercado interior”**, que también de forma expresa, considerandos 2 y 97 y artículo 22, interrelaciona un **“mercado competitivo de servicios”** con la **“alta calidad”** de los mismos en la medida que garanticen los requisitos de **“información y transparencia”** y proporcionen a los consumidores **“más posibilidades de elección y unos precios y unos servicios a precios más bajos”**.

Por lo que cada vez es más constatable, que la necesaria regulación que presenta la estandarización de los **“nuevos modelos o nichos de negocios en el espacio europeo”** (internet, Big Data, inteligencia artificial, criptomonedas, etc.), van a profundizar en la síntesis de la **equidad- transparencia**, como expresión de un mercado o de un sector **“competitivo, justo y de calidad”**. Sin olvidar, claro está, su incidencia para el **“interés general”** en la correcta protección, no solo de los consumidores, sino del conjunto de la ciudadanía europea. **De hecho**, la promoción del valor de la transparencia no solo constituye, como se ha señalado, como una **“seña de identidad”** del Modelo de protección social europeo de los consumidores, sino también un auténtico referente para el desarrollo de la denominada **“Agenda Europea”**, especialmente de cara a la consecución de la denominada **“Europa de los ciudadanos”**.

En este contexto, claramente evolutivo, ya incidió el **Informe de la Comisión Europea** relativo a la aplicación de la Directiva 93/13, de 27 de abril de 2000, destacando los tremendos efectos perjudiciales para el **“ordenamiento jurídico y económico de la Unión Europea”**, del uso o empleo de las cláusulas contractuales abusivas, por lo que subrayó, tal y como hacemos nosotros, la importancia de dicha Directiva **“más allá de la protección de los consumidores individuales directamente afectados”**.

En esta línea, la jurisprudencia del TJUE ha insistido en la importancia de dicha Directiva para garantizar el **“equilibrio efectivo entre las partes”** en la contratación seriada (entre otras, **SSTJUE de 3 de septiembre de 2015**, asunto C-110/14 **de 17 de mayo de 2018**, asunto C-147/16, **de 26 de enero de 2017**, asunto 421/14 y **de 7 de agosto de 2018**, asuntos C-96/16 y C-94/17).

## **7.- La Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril, como instrumento central para lograr la “equidad y transparencia” del Mercado interior: su aplicación horizontal**

Como ya anticipara la citada **STS 406/2012, 18 de junio**, la perspectiva conceptual del fenómeno de la contratación bajo condiciones generales como **“modo específico y autónomo de contratar”**, constituye uno de los principales ámbitos de la **“función normativa”** del Derecho europeo de protección de consumidores y, por extensión, de su Modelo o sistema de protección social.

**Dicho ámbito**, además, queda integrado de forma inescindible en el propio Mercado interior del espacio europeo, conforme la señalada función armonizadora que proyectan las Directrices del Orden público económico europeo. Por lo que la contratación bajo condiciones generales constituye, en suma, una **“práctica del mercado”** consustancial a su tráfico patrimonial, y como tal, sujeta a los principios jurídicos de los Reglamentos y Directivas de la Unión Europea.

**En este contexto**, es donde debe valorarse la relevancia de la **Directiva 93/13**, esto es, su nota o caracterización de **“instrumento central”** dentro del sistema diseñado de protección social del consumidor europeo y de tutela de su mercado.

**En un primer término**, esta nota de centralidad se desprende de su propia **“aplicación horizontal”** que ha sido destacada, en numerosas ocasiones, por la doctrina jurisprudencial del TJUE (y entre otras, **STJUE de 6 de julio de 2017, asunto C-290/16**).

Por lo que la Directiva 93/13 resulta de aplicación **tanto de oficio como de un modo general**, en materia de Derecho de consumidores, es decir, **por una parte**, los principios desarrollados por el TJUE en relación con las garantías procesales, caso del principio del control de oficio, se aplica mutatis mutandis también al resto de la normativa de la Unión Europea sobre consumidores (**STJUE de 21 de abril del 2015, asunto C-377/14**; y **por la otra**, la Directiva 93/13 se aplica a los contratos celebrados entre profesionales y consumidores, **“en todos los sectores de la actividad económica”**, como también si es del caso, **“de forma concurrente y sin perjuicio de otras posibles disposiciones”** de la legislación de la Unión Europea en materia de protección de consumidores (**STJUE de 16 de noviembre de 2010, asunto C- 76/10**).

**En un segundo término**, estrechamente enlazado con lo anteriormente señalado, la nota de centralidad se infiere, precisamente, del **“carácter básico”** que presentan sus principios y reglas para la correcta armonización que quepa desarrollar a partir de la aplicación de otras Directivas o Reglamentos que puedan incidir en materia de protección de consumidores; caso paradigmático del **“principio de transparencia”** y su aplicación determinante en el juicio de abusividad por falta o insuficiencia de la información contractual que debe dispensarse en la contratación bajo condiciones generales.

**Esta interrelación del principio de transparencia de la Directiva 93/13**, como eje central de referencia en la aplicación de otros actos regulatorios de la Unión Europea **es cada vez más extensa**, conforme se van desarrollando los distintos sectores económicos y la correlativa exigencia de protección de los consumidores en dichos sectores. Sirva de ejemplo su interrelación con las Directivas, en cierta forma ya tradicionales, que implementan los deberes de información para con los consumidores. Caso de la citada **Directiva 2005/29/CE**, sobre prácticas comerciales abusivas, de la **Directiva 2011/83/CE**, sobre derechos de consumidores, de la **Directiva 2008/48/CE** sobre crédito al consumo, de la **Directiva 2014/17/UE**, sobre créditos hipotecarios, de la **Directiva 2015/2302/UE** sobre viajes combinados, del **Código Europeo de Comunicaciones Electrónicas** (Directiva 2018/1972 /UE) y de las **Directivas 2009/72/CE y 2009/73/CE**, sobre normas comunes para el Mercado interior de la electricidad y el gas natural, entre otras Directivas).

**Pero también**, del citado **Reglamento 2019/1150/UE**, de 20 de junio, bajo la rúbrica del “Fomento de la equidad y la transparencia para los usuarios profesionales de servicios de interrelación en línea; y de la reciente **Directiva 2019/2161/UE**, de 27 de noviembre, que precisamente modifica la Directiva 93/13 para “mejorar la aplicación y modernización de las normas de protección de los consumidores de la Unión Europea, especialmente de sus aplicaciones técnicas”. Como, en su caso, del papel ya señalado que va a tener el principio de transparencia en el futuro reglamento sobre el acceso equitativo de los datos, (Data Act) y sobre internet o las criptomonedas.

**Pues bien**, en este contexto sistemático y dinámico de armonización del espacio europeo, basado en la transversalidad de los principios de la Directiva 93/13 y en su incidencia como instrumento central para la equidad del Mercado interior, lo que es lo mismo que decir para su correcto funcionamiento, **es donde el valor de la transparencia se configura**, a su vez, tanto como un “**instrumento esencial**” para la aplicación material de la citada Directiva y la consecución de sus fines y objetivos, como también como un “**principio o directriz**” para la ordenación justa y equitativa de la contratación europea bajo condiciones generales considerada, en sí misma, como una “**auténtica práctica del mercado europeo**”.

**Por último**, en esta línea, hay que resaltar que el TJUE ha destacado, en reiteradas ocasiones, que su función es “**brindar**” las directrices y principios sobre interpretación de la “**transparencia y el carácter abusivo de las cláusulas**” (consideración que viene realizando desde la **STJUE de 14 de diciembre de 2006**, asunto C-237/08).

## **8.- La transparencia como principio jurídico de la contratación bajo condiciones generales: “aplicación transversal e interpretación extensiva”. Su evaluación como elemento determinante de la abusividad de la cláusula**

De acuerdo con el señalado carácter de centralidad de la Directiva 93/13 en la ordenación del Mercado europeo de la contratación bajo condiciones generales, y con la indicada función de la jurisprudencia del TJUE de “brindar” los principios dimanantes de dicha Directiva, el valor de la transparencia “se erige” como un “**principio consustancial de cara a la aplicación material o función armonizadora de la citada Directiva**”, todo ello en orden a la equidad y buen funcionamiento del Mercado interior europeo.

**En el acervo comunitario**, especialmente a tenor de la jurisprudencia del TJUE, esta nota de consustancialidad que acompaña al principio de transparencia de la Directiva 93/13 es tratada con referencia a la “**exigencia de transparencia sustancial**” que debe contener la predisposición del profesional desde la fase preliminar de la contratación llevada a cabo (entre otras, **SSTJUE de 21 de diciembre de 2016**, asunto C-154/15 y C-307/15, **de 26 de febrero de 2015**, asunto C-143/13, **de 30 de abril de 2014**, asunto C-26/13 y **de 20 de septiembre de 2017**, asunto C-186/16).

**Esta exigencia**, a su vez, conforme la finalidad de la Directiva 93/13, se instrumentaliza a través de “**tres notas**” caracterizadoras de su aplicación material: **la transversalidad del principio de transparencia, su necesaria interpretación extensiva y su alcance determinante para apreciar directamente la abusividad de la cláusula.**

**Desde la primera nota**, el principio de transparencia se proyecta como un “**principio transversal**” que alcanza no solo a todos los tipos de cláusulas contractuales predispuestas, sino que también, a diferencia del control de contenido (principio de justo equilibrio), abarca en toda su “**integridad**” al juicio de abusividad; es decir, se proyecta sin excepciones sobre el contenido íntegro de la reglamentación predispuesta, sin distinción de que el examen de abusividad recaiga sobre un elemento principal, natural o accesorio de la reglamentación contractual (artículos 4.2 y 5 de la Directiva).

Desde la **segunda nota**, el principio de transparencia se instrumentaliza como un **“auténtico principio general de la contratación”** y, por tanto, de **“aplicación extensiva”** con relación a todos los elementos conceptuales que intervienen o definen su aplicación como un deber especial de información a cargo del profesional o predisponente (comprensibilidad jurídica y económica de la posición que asume el consumidor o el cliente con relación al producto o servicio ofertado), tal y como declaran las SSTJUE de 3 de marzo de 2020, asunto C-125/18 y de 9 de julio de 2020, asunto C-452/18, apartados 50 y 44, respectivamente, que resaltan que **“la transparencia a la que obliga la Directiva debe interpretarse de manera extensiva”**, por lo que queda **“vedado”** el recurso de **interpretaciones restrictivas, limitativas o fragmentadas que vacíen o disminuyan el nivel de protección que establece la directiva, dado el señalado interés público y la razón de interés general que presiden su aplicación.**

Desde la **tercera nota**, hay que precisar que tras la reforma operada tanto en el Texto Refundido de la Ley General de Consumidores y Usuarios, Real Decreto Ley 1/2007, artículo 83; así como en la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, Ley 7/1998, artículo 5, **operada por la Ley 5/2019, de 15 de marzo**, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, la falta de transparencia en la incorporación de una cláusula o condición general comporta directamente **“su nulidad de pleno derecho”**.

**Por lo que** hay que señalar que la aplicación extensiva del principio de transparencia, conforme a lo anteriormente expuesto, tiende también a ampliar cada vez más, su ámbito de aplicación fuera del estricto concepto económico del consumidor y usuario; casos, entre otros, de la protección del profesional que contrata productos o servicios **“fuera de su actividad profesional”**, STJUE de 3 de septiembre de 2015, asunto C-110/14; del fiador que actúa con una **“finalidad ajena a su actividad profesional”**, ATJUE de 14 de septiembre de 2016, asunto C-534/15 y de la significativa extensión de protección del principio de transparencia al **“inversor o cliente minorista”**, STJUE de 2 de abril de 2020, asunto C-500/18.

## **V.- TRANSPARENCIA Y CONTRATO DE SEGURO**

### **9.- La protección meramente formal del asegurado: Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro**

En los **antecedentes legislativos** sobre el fenómeno de la contratación bajo condiciones generales, la Ley 50/1980, de contrato de seguro, fue la norma que contempló la **“primera mención legal”** relativa a este modo de contratar en su conocido artículo tercero.

**Sin duda**, dicha Ley, próxima en el tiempo a la publicación de la Ley alemana sobre Condiciones Generales de los Contratos, de fecha 9 de diciembre de 1976, representó en su momento un indudable avance en la protección del consumidor respecto de la interpretación que tradicionalmente se venía aplicando conforme al **“esquema del contrato por negociación propio del Código Civil”**, artículos 1281 a 1289.

**No obstante**, este avance debe inscribirse en el plano de una **“función tuitiva formal y derivada”**. **Formal**, conforme al contexto doctrinal de su época, porque su regulación no contempla un control social distinto al que se aplicaba al contrato por negociación, esto es, el actual control judicial por la abusividad de la cláusula que establece la Directiva 93/13. **De ahí** que sus medidas de protección resulten **“deberes meramente formales”** extramuros de un propio juicio de abusividad. Caso del requisito de la **“accesibilidad”** del condicionado general para con el asegurado, con la inclusión de dicho condicionado en la póliza o documento aparte (práctica ésta, mayoritariamente seguida por las empresas del sector), junto con la suscripción por el asegurado y la entrega de copia. Del mismo modo, con relación al **“deber de resalte”** de las cláusulas limitativas de derechos que debían ser aceptadas específicamente por escrito. **Derivada**, en la línea de lo anteriormente expuesto, porque el requisito de la **“asequibilidad”** de la redacción de la cláusula, es decir, la claridad y precisión del clausulado del contrato (que reproduce la actual Ley de Condiciones Generales de 1998), tampoco responde a un propio juicio de abusividad, sino a la aplicación derivada de la lógica jurídica de los citados criterios normativos de interpretación de los contratos por negociación y, en su caso, a una mera profundización del principio de buena fe contractual; casos de la **“interpretación contra proferentem”** (artículo 1288 del Código Civil), de las denominadas **“cláusulas sorpresivas o insólitas”** (como conductas contrarias a la buena fe contractual) y de la **“regla de la prevalencia”** que significativamente establece la preferencia de una cláusula particular sobre una condición general en la medida en que refleja, de forma más fidedigna, **“la voluntad negocial de las partes”**.

**En fin**, en este plano conceptual y metodológico, también se ubica la distinción escolástica entre las **“cláusulas limitativas y las cláusulas delimitadoras”**. Distinción que el propio Tribunal Supremo (**SSTS 715/2013, de 25 de noviembre y 498/2016, de 19 de julio**, entre otras), ha tenido que reconocer que su diferenciación conceptual última no es clara, llegando incluso al caso de que cláusulas que limitan sorprendentemente el riesgo se asimilan a las limitativas de derechos de los asegurados.

## **10.-La protección material del asegurado. La Directiva 93/13 y la exigencia de transparencia sustancial en el contrato de seguro**

**Conforme a todo lo anteriormente expuesto, que aquí damos por reproducido, la protección del consumidor o del cliente en el contrato de seguro ha cambiado radicalmente, con la Directiva 93/13 y con el reconocimiento, por la jurisprudencia del TJUE, de la transparencia como “principio jurídico del control de la validez y adecuación de la reglamentación predispuesta”.**

Esta protección material (juicio de abusividad), que se proyecta desde el principio de transparencia, es la que contempla la primacía del Derecho europeo en su función de armonizar la equidad y el correcto funcionamiento del Mercado del seguro, a través de su contratación bajo condiciones generales. Por lo que los consumidores y clientes españoles **“pueden y deben”** solicitar de los órganos jurisdiccionales nacionales la aplicación del control de abusividad por la falta de transparencia de cualquier cláusula de la reglamentación predispuesta que consideren abusiva, sin distinción conceptual por su naturaleza limitativa o delimitadora. **Del mismo modo**, que los órganos jurisdiccionales nacionales vienen obligados a **“aplicar de oficio”** la Directiva 93/13, en aquellos casos de contratación de seguros en los que dicho principio resulte vulnerado o menoscabado.

**En este sentido** hay que destacar la STJUE de 23 de abril de 2015, asunto C-96/14, que en sus claras conclusiones declara:

*“El artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que la excepción que figura en dicha disposición sólo resultará aplicable a una cláusula incluida en un contrato de seguro y que tenga por objeto garantizar la obligación de la entidad aseguradora de hacerse cargo del pago de las mensualidades debidas al prestamista en caso de incapacidad total para trabajar del prestatario en la medida en que el órgano jurisdiccional remitente constate:*

- *por una parte, que, atendiendo a la naturaleza, a la configuración general y a las estipulaciones del conjunto de contratos en el que se inserte, así como al contexto jurídico y, de hecho, dicha cláusula constituye un elemento esencial de ese conjunto de contratos que, como tal, caracteriza al entramado contractual, y,*
- *por otra parte, que la cláusula esté redactada de manera clara y comprensible, es decir, que no sólo resulte inteligible para el consumidor en el plano gramatical, sino también que el contrato exponga de manera transparente tanto el funcionamiento concreto del mecanismo al que se refiere la cláusula como la relación entre dicho mecanismo y el que establezcan otras cláusulas, de manera que el consumidor de que se trate esté en condiciones de valorar, basándose en*

***“criterios precisos e inteligibles, las consecuencias económicas que se deriven para él.”***

El **progresivo reconocimiento de la aplicación del principio de transparencia** en el ámbito de los contratos de seguro también tiene incidencia en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo. Caso de la importante **STS 402/2015, de 14 de julio**, que declara lo siguiente:

***“6. 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.”***

De las **SSTS 101/202, de 24 de febrero y 263/2021, de 6 de mayo**, que ya destacan el **“especial deber de información a cargo del predisponente en los contratos de seguro”**. Y de la **STS 661/2019, de 12 de diciembre**, que advierte de la necesaria protección jurídica de los asegurados adherentes para que adquieran constancia real de los riesgos efectivamente cubiertos, todo ello **“por una elemental exigencia de transparencia contractual.”**

De lo anterior expuesto, con carácter práctico, se pueden extraer las siguientes conclusiones:

1. **El control de transparencia**, como principio jurídico para determinar la validez de la cláusula predispuesta, **resulta de “aplicación directa” al sector de la contratación del seguro bajo condiciones generales**. Por lo que da soporte tanto en la formulación de la pretensión, como a su respectivo fundamento normativo.
2. **Dicha aplicación**, aparte de poder ser solicitada por el asegurado o cliente, debe realizarse **“de oficio” por los órganos jurisdiccionales nacionales**, (principio de primacía del Derecho europeo).
3. **La aplicación material del principio de transparencia comprende el control tanto de las “cláusulas limitativas como de las delimitadoras”**, como también la comprensibilidad y claridad de su interrelación en la interpretación sistemática y completa del contrato.
4. **Las cláusulas “sorpresivas o insólitas”** que, sin el debido conocimiento cumplimiento del deber de transparencia, restrinjan o limiten los derechos o intereses legítimos de los asegurados, **deben calificarse de un modo también directo, como cláusulas abusivas por falta de transparencia**; con su correspondiente sanción de nulidad de pleno derecho.

5. La mera firma o suscripción de las denominadas cláusulas limitativas no excluye el control de transparencia, ni su examen con relación al resto de la reglamentación predispuesta, esto es, no comporta, ipso iure, el carácter de cláusula negociada, que debe ser objeto de una valoración probatoria específica.
6. **Por último**, con relación a **los supuestos de contratación compleja**, si se quiere de contratación conjunta, coaligada y conexas a un contrato de seguro, **hay que destacar también la aplicación directa del control de transparencia.**

En estos casos, principalmente de los **“productos de inversión basados en la estructura formal de un contrato de seguro”** y de los **“seguros vinculados a contratos de financiación”**, hay que enfatizar la importancia de la aplicación material del principio de transparencia al conjunto de la relación comercial, de forma plena y sistemática y, además, el fiel cumplimiento de los restantes deberes de información y asesoramiento previstos, específicamente, en los Reglamentos y Directivas que concurren en la valoración de dichos supuestos. Generalmente las citadas Directivas sobre distribución de seguros, UE 2016/97 y Real Decreto Ley 3/2020, de 4 de febrero que la incorpora, sobre crédito al consumo, ley 16/2011, de 24 de junio y sobre crédito inmobiliario, ley 5/2019, de 15 de marzo. Como también, en su caso, la aplicación de las Directivas MiFiD 1 y MiFiD 2 sobre mercados de instrumentos financieros.

## **VI.-TRANSPARENCIA, DERECHO DE LA COMPETENCIA Y TUTELA DEL MERCADO ASEGURADOR: EL DERECHO DE ELECCIÓN Y DE COMPARACIÓN DEL CONSUMIDOR Y EL CLIENTE COMO EJES CENTRALES DE LA COMPETITIVIDAD Y DE LA CALIDAD DEL SERVICIO. SU APLICACIÓN A MERCADOS O SECTORES CONEXOS: EL SEGURO DE DECESOS Y EL SECTOR DE SERVICIOS FUNERARIOS**

### **11.- Principio de transparencia y mercados integrados y conexos**

La **perspectiva transversal del principio de transparencia** que venimos desarrollando, desde la configuración normativa del Derecho europeo y sus Directrices de Orden público económico, concuerda con la realidad actual de un mercado cada vez más **“integrado y conectado”**, a todos los niveles.

El señalado carácter de la Directiva 93/13 como **“instrumento central”** para lograr la equidad del Mercado interior, es la clara **“constatación”** de esta progresión de integración y conectividad del espacio de mercado europeo, que se proyecta sobre nuestro mercado interior y sus sectores.

La protección del consumidor, como se ha señalado, se aplica en la contratación bajo condiciones generales también, con el objetivo y tutela del **“correcto funcionamiento del Mercado”**, es decir, de la **“calidad y competitividad”** de sus servicios y productos. **Con lo que el moderno Derecho de la competencia principia, a su vez, en la**

**contratación seriada como realidad inescindible e interrelacionada**, más allá de los elementos conceptuales típicos que los puedan caracterizar como disciplinas o figuras jurídicas.

**Con razón**, como se ha señalado, la jurisprudencia del TJUE, con relación a la aplicación horizontal de la Directiva 93/13 ha resaltado que la **“comprobación de carácter desleal de una práctica comercial constituye un elemento en el que el juez competente puede basar el carácter abusivo de una cláusula”**. Del mismo modo, que la falta de transparencia de una cláusula predispuesta puede constituir también un elemento de juicio para declarar una práctica de contratación como restrictiva o vulneradora del derecho de la competencia, **STJUE de 15 de marzo de 2012**, asunto C-453/10.

**Este esquema** o interrelación, entre las funciones tuitivas del consumidor y la tutela del Mercado y de su competencia, **está en la base de la progresiva identificación del asegurado, del inversor y del usuario bancario, como clientes de un mercado integrado**; en donde el deber de transparencia del profesional sirve para garantizar uno de los ejes centrales que mueve el correcto funcionamiento del mercado y su compatibilidad, esto es, **“el derecho de elección y de comparación del consumidor o el cliente”**.

Por lo que la calidad del servicio también principia, a su vez, en la calidad de la contratación bajo condiciones generales que determine la elección del cliente.

## **12.-El seguro de decesos y el sector de servicios funerarios. La Resolución 1086/19 de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC)**

**Un claro ejemplo** de este esquema de “integración y conectividad” que presenta la realidad actual del mercado y, por tanto, la importancia del principio de transparencia en la defensa del Derecho de la Competencia, lo podemos encontrar en la reciente **Resolución 1086/19**, de la CNMC que analizó la toma de control exclusivo de la práctica totalidad de los activos de Funespaña, S.A., por parte de Santa Lucía, S.A.

**Sin perjuicio del minucioso análisis que realizó la CNMC** sobre los mercados implicados y los efectos verticales para la competencia que se derivaban de la operación proyectada, nos interesa destacar, en la línea de lo expuesto, la **imperiosa necesidad de incluir, en estos análisis de la competencia**, la oportuna valoración e incidencia de la contratación bajo condiciones generales que, como práctica de mercado, realizan las compañías de seguros de decesos, con una clara proyección en el sector conexo de servicios funerarios.

**Sobre todo**, para analizar si su reglamentación predispuesta permite **“el derecho del asegurado a la libre elección del prestador de los servicios funerarios”**, tal y como dispone el **artículo 106 quáter** de la Ley de Contrato de Seguro, tras su incorporación por la Ley 20/2015, de 14 de julio.

**El examen o contraste de estas prácticas de contratación**, si se quiere Códigos de conducta, va a resultar, cada vez más, un factor de relevancia a la hora de analizar el correcto funcionamiento de estos mercados notablemente conexos. **Máxime**, si se tiene en cuenta, conforme al minucioso contenido del referido expediente, que el sector funerario se está consolidando como un mercado minorista de **servicios integrados** (funerarios, tanatorio, cementerio y cremación); que el **59,49%** de los fallecidos en el año anterior, tenían suscrito un contrato de seguro de decesos; que algunas de las principales operadoras del sector ya estaban integradas en un grupo asegurador; y que el **65-70%** de los servicios funerarios que se realizan están intermediados por compañías de seguros de decesos.

**En suma**, se trata de ser conscientes de la importancia del análisis del principio de transparencia en la contratación bajo condiciones generales, como **práctica de mercado**, íntimamente unida a la **“calidad de la contratación y del servicio”**, como exponentes del correcto funcionamiento del mercado. **Con lo que la CNMC** tiene un claro margen de actuación para incluir en sus informes, el análisis de este importante factor para evaluar la conveniencia y adecuación de las operaciones que se proyecten en el futuro.

**En todo caso**, conviene recordar que las **Comunidades Autónomas** y los **Ayuntamientos**, dada la razón competencial sobre esta materia, también tienen un amplio margen de actuación para asegurar los derechos de los consumidores y clientes, así como la mejora de la competitividad de estos sectores, a través de medidas y protocolos de actuación que fomenten la aplicación del principio de transparencia en la contratación de estos productos o servicios.