

Consumidores vulnerables, asimetría informativa e interpretación*

Vulnerable Consumers, Information Asymmetry and Interpretation

Abel Benito Veiga Copo^a

Universidad Pontificia Comillas de Madrid, España

aveiga@comillas.edu

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7147-7066>

DOI: <https://doi.org/10.11144/Javeriana.vj71.cvai>

Recibido: 07 febrero 2022

Aceptado: 01 marzo 2022

Publicado: 25 abril 2022

Resumen:

Calibrar la importancia que la vulnerabilidad, como estado de hecho, pero también realidad circunstancial incide en las relaciones contractuales exige dimensionar los efectos y constatación de esta, máxime de cara a adoptar un acuerdo racional y eficiente para ambas partes de una relación obligacional. El lenguaje, el condicionado, la redacción de los documentos, la comprensibilidad del conjunto de derechos y deberes y la transparencia con o sin necesidad de una interpretación exigen hoy una especial protección tuitiva.

Palabras clave: consumidor, vulnerabilidad, tutela, seguridad jurídica, abuso.

Abstract:

Calibrating the importance that vulnerability, as a state of fact but also a circumstantial reality, has on contractual relations requires dimensioning the effects and ascertainment of the same, especially with a view to adopting a rational and efficient agreement for both parties to an obligatory relationship. The language, the terms and conditions, the wording of the documents, the comprehensibility of all rights and duties and transparency, with or without the need for interpretation, require special protection today.

Keywords: consumer, vulnerability, protection, legal certainty, abuse.

La vulnerabilidad como circunstancia y estado en la contratación

No podemos obviar que la vulnerabilidad es un estado, es una situación fáctica y real en la que se encuentra la persona (temporal o definitivamente), persona que, además, es y se comporta como consumidor y que va a necesitar una especial protección, ante situaciones de inferioridad y subordinación que deben ser equilibradas a fin de desterrar prácticas y comportamientos de un lado abusivos, de otro, que hagan aún más patente y aguda esa situación de inferioridad. Estado o situación que, indirectamente, sirve para clasificar o graduar a su vez a contratantes o a consumidores, sobre todo, aquellos que necesitan una especial o más intensa tutela jurídica frente a la noción estricta de consumidor o, si se prefiere, de consumidor medio o común.

¿Cuándo un consumidor es una persona vulnerable y puede verse abocado a un abuso de debilidad por la parte fuerte de la relación contractual?, ¿son las circunstancias humanas, sociales y económicas en las que vive y trata de desarrollarse las que marcan una circunstancia y contexto de vulnerabilidad y propensión a la indefensión, la subordinación o la desprotección?, ¿existe *per se* y jurídicamente la figura del consumidor vulnerable?, ¿o son las especiales circunstancias sociopersonales incluso psicosociales del consumidor las que le abocan a esa vulnerabilidad y fragilidad?¹

No cabe duda que factores circunstanciales como la migración, la falta de cultura o formación, el idioma, la pobreza, el desempleo, la discapacidad, el género, la violencia de género, la discriminación, la enfermedad, la renta, el ser familia numerosa en algunas situaciones y un largo etcétera de realidades y circunstancias las que debilitan y erosionan la libertad, la información, el conocimiento, la capacidad, el entendimiento, de la

Notas de autor

^a Autor de correspondencia. Correo electrónico: aveiga@comillas.edu

persona para contratar, pactar, discutir las cláusulas o elementos de un contrato, de una relación de consumo o simplemente para comprender ofertas comerciales. Incapacidad para detectar un engaño, una agresividad, la ocultación de información, el valor de un obsequio o la finalidad y el porqué de este de cara a una próxima contratación, etc.²

Vulnerabilidad que se convierte hoy en un concepto paraguas, indeterminado, pero suficientemente perfilado al conjugarlo inmediatamente con una connotación humana y social real de necesidad³. Vulnerabilidad ante qué, ante quién, que se traduce en necesidad, en debilidad incluso mental, en ignorancia, en subordinación, en dependencia y, ante todo y sobre todo, frente a una desigualdad latente y persistente de poder y capacidad real de negociación, incluso ignorancia de atesorar o poseer ese poder⁴. Vulnerabilidad que, además, puede hacerse y evidenciarse más persistente y crónica en todo lo que es el consumo en línea, desde la misma publicidad en línea como en aquellos contratos de consumo en línea en los que el vulnerable está, *in potentia*, más expuesto a la indefensión y al desconocimiento del calado exacto de sus obligaciones y deberes⁵.

Vulnerabilidad que agudiza y hace más exigible, todavía, el actuar en el tráfico conforme a los principios de la buena fe, habida cuenta la distorsión y disparidad entre las partes de la relación donde una de ellas necesita un plus de seguridad, de tutela, de protección habida cuenta la asimetría funcional, genética y subjetiva de la relación sea de consumo, sea puramente contractual. Máxime en todos aquellos contratos, significativamente, los en masa, en los que nada se ha negociado verdaderamente, entre las partes.

Ahora bien, por definición, ¿no todo consumidor es potencialmente vulnerable, o podemos constatar que algunos no lo son, o lo serían en mayor grado que otros? En efecto, es vulnerable el menor, el mayor, el discapacitado, el dependiente, el migrante, el que adolece de educación, el desempleado, el que carece de recursos, quién sufre violencia de género y un largo etcétera. Y lo es, siendo a la vez, consumidor en un entorno social y económico donde las relaciones contractuales y de consumo agravan o pueden agravar esa situación y sobre todo su desprotección si no existe una reacción jurídica que cercene el desequilibrio real, más que potencial⁶.

Y es vulnerable ante situaciones de consumo y de vida que se concretan por ejemplo ante el derecho a la información, formación y educación del consumidor, máxime en esos ámbitos y sectores donde hay una mayor propensión y proporción de colectivos vulnerables⁷. Pero lo es y, también puede ser, vulnerable ante las deficiencias en el etiquetado de un producto si el consumidor no puede calibrar y obtener información veraz de un modo o forma clara, suficiente y, sobre todo y, ante todo, comprensible. La información correcta sobre los diferentes bienes o servicios y la educación y divulgación para facilitar el conocimiento sobre su adecuado uso, consumo o disfrute es una máxima, pero es, además, un bloque esencial en toda norma de tutela al contornear los derechos básicos y, por ende, esenciales del consumidor.

Claridad, comprensibilidad no solo ante relaciones puramente contractuales y de contenido obligacional de modo que permitan al consumidor una cognoscibilidad objetiva, real y suficiente del elenco de derechos y obligaciones que atesora y le son exigibles, sino también en cualesquier manifestación precontractual, como la oferta comercial de cara a una adopción racional de decisión por parte del consumidor vulnerable capaz de entender, comprender y conocer la magnitud de la oferta y el precio o contenido oneroso y obligacional de esta.

Capacidad en suma de discernimiento, de comprensión, de entendimiento cabal y simple del haz de derechos y obligaciones-deberes a las que puede verse impelido en una relación⁸. Información y educación como mecanismo de conocimiento y *ex ante* de sensibilización para que el consumidor comprenda y entienda el calado de sus derechos. Información que no puede claudicar ni atemperarse o relativizarse temporalmente y ha de ser reforzada ante la vulnerabilidad. Ni por defecto ni por exceso⁹. Todo consumidor, vulnerable o no, tiene el derecho y ha de velarse por que así sea, a recibir una información *sustancial, veraz, eficaz y suficiente*, que les permita tomar una decisión sobre una operación o transacción con el debido conocimiento de causa.

No hay mayor tutela que romper el desequilibrio, la erosión de la bilateralidad, pero parte de un presupuesto claro, desterrar aquellas conductas, hábitos, prácticas, relaciones comerciales o de consumo donde la información adolezca de complitud, de comprensibilidad, de insuficiencia, de realismo. En efecto, solo cuando el consumidor conoce y comprende el significado jurídico y económico de lo que firma, el alcance real de los derechos y obligaciones que el contenido de un contrato o un condicionado depara, y que es capaz de leer y comprender, y está además redactado de una forma concreta, clara y sencilla, el consumidor está protegido y la transparencia es alcanzable. Pues, un consumidor, máxime un consumidor vulnerable, ¿acaso conoce la posibilidad o el acceso a un sistema alternativo al judicial de resolución de conflictos y su mecánica u operatividad?

Adjétivese como se quiera a partir de este momento el sustantivo consumidor, o si se prefiere, gradúese entre una escala que va al suficientemente informado, al medio y al vulnerable, extremo circunstancial y situacional en la que el ser humano puede verse atrapado o sujeto desde las mismas condiciones de su nacimiento, lugar, país, minoría, religión, discapacidad, etc.

Y esa vulnerabilidad, como estado y situación de hecho en la que se halla la persona, discrimina o diluye *per se* su capacidad contractual, conductual, cognitiva, emocional, decisional y jurídico-económica en un entorno y desarrollo psicosocial humano¹⁰.

Vulnerabilidad y acuerdo racional, ¿mero desiderátum.

¿Adoptan las partes de un contrato un acuerdo racional y completo? Y si esto fuere así en todo caso, ¿también un vulnerable?, ¿qué sucede entonces cuando las partes perfeccionan un contrato que no es completo, que tiene lagunas o que hay que interpretar *ex post*?, ¿cuáles son los costes y cuál la transparencia en toda relación jurídica?, ¿acaso un consumidor negocia el precio o puede influir en los ciclos de costes de una relación obligacional duradera en el tiempo?¹¹ No cabe duda que la interpretación expresa lo que, eventualmente, pero quizás también racionalmente, las partes quisieron o intentaron, pero que no consiguieron, o simplemente la predisposición de una de ellas al imponer el contenido contractual esencial, impidió y fagocitó tal racionalidad, por lo que la integración e interpretación contractual por un tribunal completa aquella racionalidad volitiva.

¿Qué tipo de consentimiento debemos inferir cuando la parte débil del contrato se adhiere a un acuerdo que no es racional porque este adolece de elementos clave, está plagado de tecnicismos o de lagunas? Ello no impide que, en la práctica, las partes acuerden pactos irracionalmente¹². Pero ¿es racional pensar que lo que las partes acuerdan *ex ante* es lo que verdaderamente querían ambas?, ¿o hubiesen aceptado otro acuerdo o contrato para evitar *a posteriori* una interpretación contractual habida cuenta que el anterior presentaba vacíos, lagunas o desnaturalizaciones?, ¿voluntad hipotética o real?

O es que acaso cuando proceda, si es que procede, la labor interpretativa el resultado de esta, ¿no refleja lo que hipotéticamente hubieran querido realmente las partes *ex ante*? Interpretar significa explicitar y especificar el contenido contractual. Un consumidor no tiene una información completa, al menos precontractualmente, de todos los riesgos que corre, ni de su intensidad, frecuencia, consecuencias, etc., por lo que su capacidad de análisis y evaluación está limitada. Asignar eficiente y racionalmente esos riesgos no es sencillo, ni tampoco cae cien por cien del lado de la balanza del consumidor.

Racionalmente todo contrato busca que las partes maximicen su participación de los beneficios y minimicen su contribución a las cargas. Cuestión distinta es que ambas partes sean conscientes de ello y de la negociación y no el conflicto. La cooperación racional bascula alrededor de la minimización del riesgo. Cooperar significa cesión, concesión en aras a llegar a un acuerdo final, el límite la no desnaturalización del contrato y la ruptura del sinalagma genético que rompa el equilibrio y provoque que este sea excesivamente oneroso para una de las partes. Y es que amén de ese resultado, la cooperación, que se consagra cuando el

contrato se perfecciona, impacta sobre el conflicto, potencial pero también real. Entre las partes antes, durante y después. Conflictos de interés que forman, sin embargo, parte y esencia del mismo contrato que trata de evitar su contraposición¹³. Y es que, como bien se ha señalado, los conflictos entre los intereses de las partes son inevitables.

Hacia la noción de abuso de debilidad

¿Hasta dónde alcanza la libertad de contratar de un consumidor, sea este, un consumidor medio o buen páter familias, sea un consumidor vulnerable, por ejemplo, ante un contrato de adhesión y en masa, sea incluso un consumidor ahorrador y pequeño inversor?, ¿verdaderamente podemos hablar de erosión en la capacidad negociadora de las partes?¹⁴, ¿si no hay o se adolece de esa capacidad, realmente existe buena fe entre las partes y en la contratación? ¿Puede hablarse acaso en España de proscribir el “abuso de debilidad”?¹⁵ Ahora bien, ¿qué sucede cuando verdaderamente podemos inferir que estamos ante un genuino abuso de debilidad, debilidad de la parte que puede ver erosionada esa libertad contractual?

¿Cómo influye ese estado de debilidad finalmente en el contrato? En el código francés de consumo, se encuentra prevista y tipificada penalmente la situación o figura del “aprovechamiento, por parte del profesional, de la vulnerabilidad de ciertos consumidores en situación particular de debilidad, al hacerles suscribir fuera de los lugares normales de comercialización, compromisos excesivos cuyo alcance no están en condiciones de apreciar correctamente”¹⁶. Paralelamente el círculo se cierra precisamente con la tipificación en el artículo 313-4 del Código Penal del delito de “abuso de una debilidad especial de alguien debido a su edad, una enfermedad, una deficiencia física o síquica o de un estado de embarazo, aparente o conocido, para obligarlo a un acto o una abstención que le sean gravemente perjudiciales”.

Obviamente no hay contratos de mala fe, cuestión distinta es la intencionalidad de los sujetos¹⁷. Otra cuestión es interrogarnos si el consumidor puede ser de mala fe al ejercer así o bajo este patrón sus derechos¹⁸. Una buena fe predicable, por consiguiente, a todo contrato, cualquiera que sea el sector, ámbito o marco, el tipo o modalidad, así como su forma de contratación y canal de distribución¹⁹. Tanto en los tratos preliminares o tratativas hasta en la perfección de este, pero también durante la ejecución de las distintas obligaciones y deberes que las partes atesoran y, finalmente, en caso de problemas posejecución, en la gestión, información y liquidación de esta.

La buena fe preside la actitud, la conducta, el grado de colaboración entre las partes de cara a delimitar y calibrar el riesgo contractual, el perímetro real de las obligaciones y haz de facultades, pero también la esencia y nervio del contrato. Pero, como es lógico, estará presente a lo largo de la fase de ejecución del contrato, informando los distintos deberes y obligaciones a las que las partes han de adecuar su conducta y hacer, hasta finalmente en los momentos extintivos del contrato, o incluso antes, como los modificativos, pero también en la duración, la prórroga, la tácita reconducción y la prescripción, etc. Se ha llegado a sostener tanto el principio de sinceridad como el principio de lealtad a la hora de declarar cuantas circunstancias rodean la fase precontractual y en toda la fase negocial del contrato. Incluso, el ejercicio mismo de renuncia a una prórroga o a la tácita reconducción del contrato mismo²⁰.

Una sinceridad que no es sino una manifestación de la buena fe frente al riesgo o peligro de quienes abogan por un pretendido derecho de reservar o a no manifestarlo todo²¹. Si bien en derecho los contratos se deben ejecutar y, sobre todo, interpretar conforme a la buena fe, en tanto principio rector del desarrollo de toda relación jurídica *interpartes*, este principio alcanza su grado máximo de desarrollo en ámbitos tales como los contratos de los mercados financieros, en los cuales se produce un *comportamiento conductual colaborativo* entre las partes que no sucede, o al menos no se produce, con semejante entidad e intensidad, en otro tipo de relaciones jurídicas²².

Vulnerabilidad y condicionado

Un extremo que se manifiesta en toda su amplitud cuando se contrata a base de condicionados, es decir, al plantearnos si estamos o no ante una simple aceptación en bloque de todo el condicionado, ¿cómo inciden elementos esenciales del contrato y que el consumidor puede ignorar, sea en sede de tratos o tratativas preliminares, sean cuestionarios, declaraciones de voluntad etc., en esta libertad pretendida o verdaderamente atenuada ante este tipo de contratación estandarizada pero que todavía dualiza entre condiciones generales y particulares?

En verdad, ¿se cumple con los deberes precontractuales y con qué intensidad?, ¿*quid* con la información en este momento del *iter* preperfectivo de un contrato?²³ No es difícil caer en el desequilibrio contractual, en la falta de información, la asimetría de posiciones entre las partes, máxime cuando se transgreden derechos de información, de conocimiento tempestivo del nervio mismo del contrato que las partes perfeccionarán, máxime de quién no es parte predisponente. Los contratos del mercado financiero no pueden subsistir si las partes, especialmente, la débil, el consumidor, no sabe o no comprende a qué se compromete y obliga y a qué no se obliga. No resultaría equitativo ni equilibrado. Y sin embargo lo hace. Se firma sin leer, se firma sin comprender, sin entender el alcance de coberturas, tampoco las exclusiones.

La coherencia, la consistencia de un clausulado, de cada cláusula en particular, en su contraste o confrontación en su caso, con otras dentro del mismo condicionado, el uso de unas u otras palabras, el significado y significante de cada una de ellas, no siempre autónomas e inescindibles de otras que integran el contrato, acaban dando una radiografía del alcance contractual y su contenido capital²⁴. Pero ¿es cognoscible y comprensible en último caso por todo consumidor medio?, ¿y un consumidor vulnerable? Pero una cosa es cierta, el significado de algunas cláusulas o de algunos términos pueden cambiar, condicionar, el alcance y a su vez el significado de otras²⁵.

Unas condiciones o un clausulado que, en gran medida, son el *derecho vivo* que regula la relación jurídica, la *essentialia negotii* del contrato. No son un precipitado caprichoso de la práctica, son el nervio vivo del contrato con consumidores ante todo, y que han sido redactadas por el predisponente empresario o prestador de servicios en una clara situación de predisposición (o si se prefiere desde su clara vertiente de profesionalización) e impuestas, y ante las que el consumidor ya sea medio, diligente, vulnerable, la mayor parte de las veces se limita, si realmente quiere o necesita dicho contrato, a adherirse²⁶. Y tal y como la doctrina ha catalogado, debemos anclar cada contrato en el que una de las partes sea un consumidor en un claro contenido contractual o unas fuentes de expectativas legítimas que no se diluyan en las condiciones o cláusulas²⁷.

Todo condicionado, todo contrato ha de ser, debe ser, tiene que ser leído en su integridad, como un todo, donde confluyen partes no siempre armónicas entre sí ni privadas de contrariedad causal o casual. Pero ¿realmente existe un deber de leer el contenido contractual de un contrato, de una obligación?, ¿por qué no se leen las pólizas de seguros, los formularios contractuales, las cláusulas de una tarjeta de crédito, las cláusulas onerosas de un crédito hipotecario? Si a esa asimetría, conocida, consciente y consentida, se une la pasividad omnisciente del consumidor que no lee el condicionado, otra cuestión es que no lo entendiera y fuere necesaria además acudir a las reglas legales hermenéuticas, el coctel está servido para romper la ecuación del equilibrio teórico de la relación sinalagmática²⁸.

Pero ¿quién y cómo se mide la coherencia, la consistencia interna de un condicionado? Más allá de los requisitos de legibilidad y comprensibilidad, ¿cuándo estamos en verdad ante un documento contractual coherente, consistente, completo?, ¿qué ocurre en aquellos supuestos de contradicción *ad intra* entre cláusulas o disposiciones del propio contrato que rompen no solo esa armonía y coherencia interna, sino también la realidad misma del contenido cierto y veraz del contrato?

¿Cómo medimos una cláusula, o cómo la interpretamos si esta no es coherente, o no es consistente con las otras cláusulas o con el resto del condicionado del contrato?, ¿cabe interpretarlo o solo lo haremos en función de la vitalidad y trascendencia misma de esa disposición? En cierto modo, amén de evitar y extirpar este tipo de cláusulas inconsistentes, y al menos desde un plano en el que se produce una diferencia cualitativa entre una interpretación que evita rotundamente cualquier contradicción y que va más allá, al asegurar la coherencia entre las cláusulas. Nada impide que cualquier cláusula pueda no estar en consonancia con el resto de cláusulas de una relación obligacional, y estarlo además sin contradecir directamente otra disposición. Pero también puede acontecer a la inversa, esto es, que sí esté en flagrante *contradictio* con el resto de cláusulas y donde se rompe la armonía o coherencia del condicionado.

Sin embargo, hasta cierto punto podría interpretarse sin que las demás disposiciones dejen de cumplir la finalidad o función que desempeñan en el contrato. Pero una contradicción absoluta haría que al menos una de las dos cláusulas no solo fuere inoperante, sino ineficaz y habría que extirpar o desvalorizarla en el contrato y su interpretación finalística. La coherencia no es sino la expresión de la comunicación formal y material que transfiere, pero que además contiene condicionado.

El requisito de la legibilidad y comprensibilidad es un requisito de incorporación de las condiciones generales al contrato con idéntico valor e idéntica importancia. Y lo ha de ser de la documentación contractual, cualesquiera que sean su forma y formato, en su integridad²⁹. Una cláusula es incomprensible cuando induce al adherente-consumidor a confusión respecto a sus derechos y obligaciones. Y puede serlo desde el mismo momento en que se transcribe una cláusula con unos u otros caracteres lingüísticos.

También conforme a la forma en que la cláusula está efectivamente redactada. Ahora bien, eso no es óbice para caer en los excesos cometidos por alguna jurisprudencia de apreciar oscuridades allí donde los términos son claros, aunque no sean exhaustivos. Como tampoco en los supuestos en los que estos puedan ser, de algún modo, redundantes. Redundancia que entra igualmente en el proceso interpretativo de la cláusula o disposición³⁰. Oscuridad supone contradicción o auténtica duda sobre lo querido por las partes, de la verdadera y genuina intención común de las partes, pese a lo ficticio que resulta este último aserto, ya que lo que se quiere por las partes es lo que realmente quiere e impone la parte predisponente, y lo que quiere es lo que está dispuesta a contraprestar.

El grado de comprensibilidad está medido en función de un patrón razonable, el adherente medio. Si difícilmente se puede leer, más difícil o malamente se podrá comprender y si no se comprende es porque la ambigüedad, la farragosidad y el tecnicismo han ahogado cualquier atisbo de legibilidad. Desde el punto de vista de la función de publicidad resulta indubitado que si las cláusulas no son legibles o comprensibles se imposibilita al tomador o al solicitante reaccionar correcta y diligentemente al incumplimiento del asegurador o incluso ante su propio incumplimiento.

Así las cosas, no cabe duda que impetrar y exigir ahora un control de transparencia útil y eficiente ante consumidores vulnerables exige, inequívocamente, que el control sobre el clausulado impuesto y predisposto que además contiene el corazón oneroso y obligacional del contrato, exigirá un plus del prestador del servicio o del bien respecto a la información que ofrecerá y conforme a la que contratará en definitiva cuando la contraparte es un consumidor vulnerable³¹.

Evitar ambigüedades, desterrar o erradicar redundancias superfluas, eliminar adjetivaciones innecesarias, conduce única y exclusivamente hacia la confusión, la duda y a la necesidad de interpretar, pero más allá de lo meramente hermenéutico, a la de construir y reconstruir las disposiciones de un contrato que no siempre sirve una mera "cirugía invasiva" de "extirpar" cláusulas y heterointegrar el propio contrato³².

Con estos requisitos, el legislador pretende hacer frente a un estado de cosas en la utilización de condiciones generales claramente insatisfactorio³³. Lo que nos lleva a cuestionarnos por la libertad contractual, pero, sobre todo, por sus límites, y en los que la tutela protectora de la norma ha cambiado, en cierto sentido, el propio ejercicio y plasmación de la autonomía de la voluntad cuando la contratación se lleva a cabo por medio de la

aceptación genérica y en bloque de condiciones generales no siempre claras, comprensibles ni concretas. Pero acaso esto ¿no supone un implícito desequilibrio contractual?³⁴.

No podemos dejar de lado que, cuando los contratos con consumidores se articulan sobre la base de condicionados, contratación en masa, al ser un contrato de adhesión la autonomía de la voluntad del tomador básicamente se reduce a aceptar el contrato en cuanto bloque compacto con sus exclusiones y limitaciones. Apenas hay en la generalidad de los supuestos regateo, capacidad de negociación. Las condiciones son prerredactadas e impuestas por la empresa, la entidad financiera, la prestadora de servicios, etc., produciéndose generalmente una enorme erosión en la bilateralidad de la negociación. Y una realidad incontestable, no pocos contratos en los mercados financieros son, a la postre, los contratos más frecuentemente interpretados por nuestros tribunales, se busca una intencionalidad común de las partes, que prácticamente es inexistente, pues la tónica es la imposición unilateral. Serán piezas capitales para averiguar, indagar la efectiva voluntad, pero sobre todo alcance del contrato perfeccionado, la documentación principal y accesoria y el condicionado³⁵.

Debilidad en suma que viene sin duda tamizada en dos campos, uno, la pasividad, otro, la situación de extrema indefensión o subordinación ante ciertas necesidades de bienes, prestaciones o servicios, algunos perentorios y que, a la hora de contratarlos, se erosiona su capacidad intelectual-cognitiva ante la otra parte. Vulnerabilidad como sinónimo de debilidad *in pectore*, pero también, al mismo tiempo, como antónimo de libertad y verdadera autonomía de la voluntad.

Errores del lenguaje o creencias equívocas de prestaciones que no lo son en realidad en la contratación en masa

Innegablemente, el lenguaje se convierte en el nudo gordiano de la comprensibilidad para todo consumidor, para todo contratante y, en definitiva, para todo tipo de consumidor, sea este un consumidor medio o prototipo, sea ya de por sí vulnerable³⁶. Lenguaje que va desde el etiquetado y prospecto de un producto hasta la última de las condiciones y cláusulas, incluidas las sorpresivas. Lenguaje que va desde la indicación a un precio a la creencia de que este es diferente en verdad del anterior, pero con el juego de las palabras o la colocación de una publicidad o un etiquetado, todo cambia³⁷. Lenguaje lacónico y conciso, sumamente conciso cuando de servicios y contenidos digitales se trata y la celeridad por la contratación es total. Probablemente el cuestionamiento de la libertad de autonomía contractual donde más se puede resentir es en el nervio medular del contrato donde el consumidor vulnerable queda atado y, en cierto sentido, atrapado ignorando la verdadera magnitud e intensidad del contenido obligacional de la relación jurídico-económica³⁸.

La formación previa de todo contrato, máxime el que en la práctica se estructura en torno a condicionados, sigue una secuencia lógica, pero al mismo tiempo progresiva, primero el oferente o la empresa bien directamente, bien a través de intermediarios, realiza una suerte de incitación a contratar por medio de la publicidad y los anuncios, en aras de atraer a la eventual clientela. De hecho, en la práctica podemos observar cómo en su inmensa mayoría los contratos celebrados por consumidores vienen precedidos por una declaración pública del empresario que les incita a contratar. No es una propuesta en sentido técnico, sino una mera invitación que en su caso recogerán posibles solicitantes del seguro deseado³⁹.

La incitación con una propuesta llamativa, sugerente y con afán de captar la atención del mayor número posible de clientes ha de ser lo suficientemente precisa como para que el potencial cliente o consumidor esté interesado si no en perfeccionar el contrato, sí en iniciar los tratos conducentes a la perfección del contrato, por lo que si le interesa solicitará una propuesta o contratará directamente el bien, producto o servicio de que se trate. Pero sin creencias erróneas del contenido del contrato o de la relación, sin burdas interpretaciones o presuposiciones que luego distan de la realidad contratada y querida, al menos, por la parte del consumidor. Y a ello no escapa la lógica comercial de los productos de los mercados financieros, incluso por mucho que

en los últimos tiempos se haya provisto de normas de transparencia, o de idoneidad o test de idoneidad del potencial cliente, al menos cuando este no es profesional⁴⁰.

Es cierto que esa propuesta dirigida al público en general puede ser suficientemente precisa como para que el consumidor esté interesado en perfeccionar el contrato en las condiciones previstas por el empresario, en cuyo caso hará un pedido conforme con aquella, o por el contrario requerir un mayor grado de concreción para que el consumidor forme adecuadamente su voluntad, en cuyo caso será preciso una nueva declaración por parte del empresario, dirigida esta vez no al público sino al consumidor individualizado, que desarrolle la anterior. Mas ¿es suficiente para un consumidor vulnerable, por ejemplo, una persona con discapacidad, un menor, un dependiente? Acaso podemos o somos capaces de ignorar en la práctica, que frente a este tipo de personas o colectivas, sumamente vulnerables, ¿no existen prácticas discriminatorias en estos ámbitos de cara a limitar o vetar ciertas coberturas que suponen un incremento exponencial del riesgo o de las sumas aseguradas en caso de siniestro?⁴¹.

Una cosa, por consiguiente, es la publicidad comercial que elabora y difunde por cualquier medio una empresa o un comercio, que meramente trata de captar invitando al consumidor a contratar con ella, para lo que será preciso, a la vista de las necesidades y exigencias de aquel, y otra bien distinta es que esa publicidad comercial se convierta directamente en una genuina oferta si esta es deficitaria o parca al carecer de una acorde y suficiente precisión.

Mas también en la entrega de la información previa debe proveer de manera expresa la información a las personas consumidoras vulnerables, especificando que el empresario deberá facilitar, de forma *clara y comprensible*, la información *relevante, veraz y suficiente* sobre las características principales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas, y estableciéndose, sin perjuicio de la normativa sectorial que en su caso resulte de aplicación, los términos y el formato en que deba ser suministrada dicha información, principalmente, cuando se trate de personas consumidoras vulnerables para garantizar su adecuada comprensión y que les permita la toma de decisiones óptimas para sus intereses.

Pero pensemos en un campo donde el consumidor medio contrata con base en condicionados y en el que, coetáneamente, la capacidad de negociación es baja, el contrato financiero. Cuando una entidad financiera publicita sus servicios y sus productos, está invitando al consumidor, al asegurado, al potencial prestatario, inversor en instrumentos o valores negociables, etc., a contratar con ella, para lo cual será preciso que, a la vista de las necesidades del potencial consumidor o en su caso, usuario, aquella formule una oferta precisa que contenga, cuando menos, en el caso de un seguro, los riesgos cubiertos, la suma asegurada y en todo caso la prima, sin olvidar los condicionados por los que se va a regir la relación de seguro. Y en el caso de un producto bancario el objeto de este, el coste, los intereses, los plazos, las garantías en su caso, etc. Por ello sin una actuación *ad origine* del potencial cliente-consumidor, especificando sus necesidades y riesgos que pretende cubrir, así como el límite de suma asegurada, difícilmente puede darse vida a un contrato de seguro, por lo que no nos equivocamos si afirmamos que sin solicitud es difícil que exista contrato de seguro⁴². Sin una especificación de la necesidad del producto bancario o parabancario, de los límites de financiación o coste de este, no procederá ni existirá interacción alguna.

Por otra parte, conviene no olvidar que en ese ideal marco de elecciones racionales surgen tensiones, todo acuerdo también presenta conflicto. Cooperación como sustento de elecciones y acuerdos racionales, en los que se gana y maximiza la utilidad y el beneficio, pero también pérdida, conflicto o insatisfacción ante el incumplimiento de cualquier deber o carga que la ejecución obligacional. Es obvio que si las partes cumplen sus obligaciones y deberes, la cooperación gana, cuando el conflicto triunfa significa que la cooperación no es posible⁴³.

¿Persigue el contrato en todo caso y momento la maximización de utilidades y, a *sensu contrario*, la minimización de perjuicios y, si esto es así, se cumple con la pretendida función social del contrato?⁴⁴ En el contrato de seguro una de sus máximas subyacentes no es tanto que una de las partes gane o resulte beneficiada

en detrimento de la otra, habida cuenta de las dificultades intrínsecas para que ambas alcancen siempre y en todo momento su utilidad y beneficio individual completo, en cuanto a que ninguna de las dos resulte perjudicada.

Preservar el equilibrio de la relación contractual, respetar la genética funcional del contrato y evitar el enriquecimiento injusto, presiden al menos en teoría no solo el contrato sino el comportamiento conductual de las partes en la relación.

Que ello logre la eficiencia es distinto a buscarlo *ab initio*. Adecuar conductas, anclarlas en la buena fe, en la información, en los valores correctos y reales, en evitar el fraude y la provocación del incumplimiento, medirán sin duda el alcance último de esa eficiencia que, para lograrse, ha de evitar, corregir o estimular precisamente todo lo anterior.

Pero no podemos obviar cómo la desregulación legal o ese absentismo deliberado o inconsciente en algunos casos del legislador ha dejado un ancho corredor para ineficiencias para mayores costes de transacción, de decisión y, a la postre, también de litigación. Solo en los últimos años se ha sido consciente de que elevando ciertos grados o intensidades en algunos requisitos de información y de transparencia se podía proteger mejor ese equilibrio, desde la profundización del conocimiento de los riesgos de la contratación y los específicos del contenido contractual de la relación en particular.

Una de las grandes, pero también mayores debilidades que puede presentar la ejecución del contrato es la información. Información que preside todos los estadios y etapas contractuales y negociales: *antes, durante . después*. Máxime si solo una de las partes, la parte fuerte, es quien valora, analiza y antiselecciona el riesgo de incumplimiento o insolvencia, lo gestiona y establece, al asumirlo en sus condiciones y estructura, el coste de este. Lo hace desde la información, pero esta es o puede ser disfuncional, asimétrica y cambiante a lo largo de la vida de la relación contractual.

Y lo hace desde el cálculo económico, asumiéndolo en su integridad, o de modo parcial, fragmentándolo con otros operadores económicos. Cuestión distinta será, al final del contrato, calibrar y valorar si ha habido o no una compensación, así como el alcance, en su caso, de esta, integral o no.

Sabido es que en un escenario de negociaciones contractuales con información asimétrica o imperfecta han de buscarse equilibrios eficientes, pero estos no son necesarios si el riesgo no se materializa en incumplimiento, pues la litigiosidad del contrato es prácticamente nula. Esos equilibrios pueden, en su caso, llegar a imponer soluciones no estrictamente eficientes y deberes u obligaciones a las partes que no estaban previstos en la fase precontractual pero que hipotéticamente debería haberlo estado, provocando finalmente que el negocio jurídico resulte más oneroso para una de las partes.

¿Cuáles son, por tanto, los costes de contratar en estos escenarios y cuáles los riesgos reales de que el contrato sea interpretado para alcanzar un acuerdo racional y verdaderamente eficiente para las partes, pero a la vez equilibrado? Frente a esos costes, serán los tribunales los que apliquen recursos de transacción exógenos que completen y también purguen ciertas condiciones o cláusulas contractuales.

Ahora bien, si esto es así, ¿saben las partes, sobre todo, el consumidor, que la racionalidad eficiente de un contrato se obtiene por esta vía? y ¿le compensa *ab initio* desde el momento precontractual prever que la información asimétrica ha de completarse e interpretarse por la vía judicial interpretativa?, o ¿solo le compensa cuando cree que de no hacerlo sufrirá un perjuicio o detrimento patrimonial parcial?⁴⁵

Las partes buscan su utilidad, y esa utilidad mutua significa colaboración, cooperación, no confrontación de utilidades, aunque sean disímiles cada una. Significa además maximizar el beneficio o la ventaja, sea trasladando un riesgo que no se desea asumir o asumiéndolo en una base mutua y estadística que lo dispersa en un ingente número a cambio de un precio, y minimizar, por tanto, el daño o el perjuicio que puede ser contractual, como es la infracción de ciertos deberes precontractuales, y de ejecución obligacional del contrato, como los perjuicios que el incumplimiento supone para cada parte, para una, cobrando la indemnización, que de lo contrario cargaría con las consecuencias del daño sobre su propio patrimonio o persona, para la otra, dispersando ese siniestro en esa mutualidad de seguros que componen su cartera de

seguros o reaseguro, habida cuenta la imposibilidad estadística de que todos los asegurados sufran un siniestro simultáneamente en el tiempo. Y significa evitar el perjuicio de una de las partes o, lo que es lo mismo, que el beneficio no vaya en detrimento de un perjuicio para la otra.

Pero esta búsqueda también muestra que el contrato se asiente y, por ende, debe superar problemas de desequilibrio formal y material en la generación del contrato, y ello con base en la desinformación y el distinto tratamiento que la norma dispensa para cada una de las partes del contrato ante este déficit. Información exigible como cortocircuito del desequilibrio y la desigualdad de acceso a esta para una de las partes.

Nada impide la existencia de la ignorancia, pero sí que esta sea imputable a la falta de diligencia y del cuidado del negocio, por lo que aquella puede ser legítima, pero sí debemos calibrar su impacto en la generación y formación del contrato. Y en este punto, el interrogante no está centrado tanto en eficiencia y equivalencia en la relación contractual y los costes de esta, cuanto del sinalagma funcional y genético del contrato asentado sobre presupuestos desiguales.

Información que *ex ante*, pero también *durante*, puede romper el deseable y no siempre alcanzable marco de equilibrio contractual⁴⁶. Tanto por exceso como por defecto, la información debe ser analizada, sistematizada, filtrada. La misma que puede cambiar las bases reales tanto del riesgo asumido como el real, pero también el coste de la relación obligacional. Con base en esa información se calcula, por ejemplo, en el seguro, la prima o precio, cuestión dispar es que esta sea eficiente, como también su cálculo, en aras de evitar la brecha o ruptura de la equivalencia de prestaciones, es decir, el equilibrio coste *versus* cobertura, prima/riesgo. Pero también se desarrolla el contrato en su fase puramente contractual y poscontractual.

El riesgo de asimetría informativa condiciona el devenir mismo del contrato, pues incide en sus elementos esenciales, significativamente en la causa. Asimetría en el contenido, pero también exógenamente frente a otros posibles contratantes.

Si la información es imperfecta o insuficiente, las partes pueden tener incentivos en buscar otras alternativas, otros oferentes o posibles destinatarios. Pero máxime cuando es el consumidor, quien si bien siente esa insuficiencia de información, ¿le compensa el coste de destinar recursos y tiempo a buscar y seleccionar otras alternativas contractuales amén de analizar un contenido negocial prácticamente mimético entre todos los oferentes que asumen los riesgos en las mismas condiciones y la tarificación es similar?⁴⁷

Ahora bien, ¿estamos ante productos que son diseñados defectuosamente cuando una de las partes, la adherente, no es capaz de comprender el verdadero alcance obligacional de este y que debe ir más allá de una mera expectativa razonable?⁴⁸ Pero ¿quién gana y quién pierde cuando se diseñan productos que han de interpretarse judicialmente en un momento ulterior? Los productos se diseñan y configuran de este modo solo cuando los riesgos previsibles de daños causados podrían haberse reducido o anulado mediante la adopción de un diseño alternativo cuando menos razonable⁴⁹.

¿Cuáles son, en este supuesto, los costos de los costes de transacción? Parece que son asumibles siempre que la mejor opción es la relación contractual a la no contratación. Quizás el mejor resultado es perfeccionar el contrato aun sabiendo que no existe una estrategia realmente cooperativa entre las partes, pero que, en todo caso, y desde el ámbito del problema de la distribución siempre es mejor que la situación de no contratar y recibir la prestación que se necesita⁵⁰.

Hablamos de eficiencia, ¿pero solo en un sentido económico o también y simultáneamente jurídico? Puede ser un contrato eficiente cuando una de las partes ignora los mecanismos de funcionamiento sobre los que gira todo el contrato, piénsese en productos de inversión o productos empaquetados de inversión minorista, es decir productos, sea cual fuere su forma o estructura, que hayan sido producidos por el sector de servicios financieros a fin de ofrecer oportunidades de inversión a los inversores minoristas, siempre que el importe reembolsable al inversor minorista esté sujeto a fluctuaciones debido a la exposición a valores de referencia o a la evolución de uno o varios activos no adquiridos directamente por el inversor minorista.

No puede presuponerse que las partes de un contrato sean y se comporten a la vez siempre de un modo genuinamente racional y en base a decisiones volitivamente conocidas *ex ante*, aceptadas, negociadas, reconocidas por medio de una valoración y ponderación de información completa e íntegra⁵¹. Pero ambas saben que la utilidad de uno y la utilidad del otro, se basa sobre todo en la colaboración y en el ejecutar recíproca y lealmente deberes y obligaciones. Lo que sí debe presuponerse al menos desde una perspectiva de comportamiento racional por las partes es que ambas al contratar obtengan un beneficio. Para ambas partes, el contrato debe satisfacer conjuntamente las necesidades y expectativas, amén de prestaciones recíprocas que este despertaba. El resultado satisface conjuntamente la necesidad presente y futura de las partes.

Tampoco debemos presuponer que tras la perfección del contrato aquella conducta se mantenga incólume, atenta, leal, adversa al riesgo moralmente. Y es que, al margen del proceso negocial, la conducta difiere, cambia y la selección de riesgos de la fase precontractual o *ex ante* incide sin duda en la capacidad de adoptar una decisión racional que no siempre es la más eficiente. Igualmente, durante la etapa poscontractual, *ex post* negociación, o se cumple o se viola o violenta el contrato por parte de cualesquiera de las partes, amén del control o monitoreo de la una a la otra⁵².

Como es sabido, dos de los grandes riesgos de la contratación son el cumplimiento y la solvencia. O lo que es lo mismo, la posibilidad de incumplimiento, en cualquiera de sus formas, y la posibilidad de insolvencia del deudor. Remediar ambas pueden hacerse bien mediante cauces contractuales previos, o con remedios extracontractuales y normalmente *a posteriori*, desde las sanciones o resarcimiento por el daño y los costes del incumplimiento, hasta la generación de instrumentos más completos y armónicos como puede ser el derecho de insolvencia que, *per se*, no significa ni asegura el cobro definitivo del crédito, sea por el cumplimiento o inejecución o por el daño causado e inferido a la contraparte.

Anticiparse a ambas contingencias o posibles circunstancias no parte de un prisma de equilibrio e igualdad. Y no lo hace porque la posición de las partes no es idéntica ni tampoco su capacidad genética para la negociación alterada y soslayada cuando esta pende u oscila únicamente sobre un único eje, el de la parte fuerte o predisponente de la relación. Esta sí anticipa o puede hacerlo, o la ley brinda instrumentos ante el incumplimiento del deudor, facilitando en el ordenamiento jurídico normalmente una vía ejecutiva⁵³. Permite también sancionar las omisiones de informaciones, reticencias, falsación, o conculcación de deberes que el consumidor ha de realizar.

Pero desde el punto de vista del análisis económico del derecho, la pregunta que debemos hacernos es si sus principios sirven o tienen entre otras múltiples finalidades la de restablecer la igualdad y la equivalencia en el contrato⁵⁴.

Desnaturalizado el contrato, roto el equilibrio pretendido, el conflicto no solo atañe a si es resarcible o no el daño, sino a la interpretación del contrato y a la búsqueda de la verdadera voluntad de las partes. Interpretar el contenido contractual no siempre será sencillo pese a las presunciones a favor del consumidor. Pese al juego de las reglas interpretativas que, hasta cierto punto, penalizan la nula o la poca transparencia del clausulado.

La “negociación” en el contrato, desnudadas las formalidades, se basa en la imposición de los condicionados, en la redacción de clausulados cerrados, en coberturas muy definidas al igual que las exclusiones, y si así son las cosas, ¿verdaderamente se alcanza la efectividad y la eficiencia contractual? O ¿cómo alcanzarla cuando existe una desigualdad informativa real entre las partes sobre lo que es el riesgo, el interés y la misma dinámica contractual y precontractual?

Como alcanzarla cuando el consumidor, se muestra ajeno a la más mínima influencia en la esencia y contenido del contrato, su alcance, costes, etc. No hay eficiencia si el precio es la desigualdad, no hay efectividad para ambas partes si el coste es el desequilibrio.

O, dicho de otro modo, se imputa la desinformación que sufre el empresario siempre que este haya sido diligente al consumidor y con ello arrastra las consecuencias negativas o cercenadoras para la relación

obligacional. Piénsese en omisiones, reticencias o falseamientos en la declaración del riesgo, del valor del interés asegurado, de todo lo que rodea a la generación del siniestro⁵⁵.

Respecto del cumplimiento del contrato la premisa inicial es clara *a priori*, a saber, ambas partes buscan una utilidad, un beneficio. Utilidad que se alcanza no solo a la hora de contratar y perfeccionar el contrato una vez consensuados o predispuestos los límites del contenido contractual, riesgo e interés, sino, además, en la ejecución y cumplimiento recíproco de los deberes y obligaciones de las partes.

Lo que no evita que en el devenir mismo del contrato aparezcan ciertas distorsiones funcionales respecto a los elementos esenciales del contrato tenidos en cuenta en la fase precontractual. El incumplimiento provoca un daño, requiere una reparación, una compensación. Pero en ocasiones esa transgresión de un deber, de una obligación aboca directamente a la resolución misma del contrato, *favor debitoris*, en este caso, la parte fuerte o a cuestionar y reducir el alcance indemnizatorio. Una de las partes actúa al margen de que lo haga de un modo racional o irracional, de modo injustificado, generando un daño a la contraparte, o incluso a un tercero víctima⁵⁶.

Además, piénsese más allá del derecho del tercero víctima a ser indemnizado, qué debe ocurrir, constante o en vigor un seguro, si el asegurado ha causado con culpa el siniestro, el daño al tercero y al tiempo ha obtenido una ganancia o una utilidad con tamaño actuar, fuere este activo u omisivo. La cuestión es si es lícito, en este caso, que el asegurado que por culpa, no por dolo o actuación dolosa, obtenga un beneficio, al margen de que este sea mayor, igual o menor que la pérdida que sufre el tercero víctima. ¿Es lícito tal beneficio? Y ello sin obviar el posible derecho de regreso de la aseguradora que ha resarcido el daño al tercero sobre el propio asegurado⁵⁷.

La imperfección de la información pre y contractual

La información es imperfecta, pero es también disímil en grado, en intensidad y en importancia para cada una de las partes⁵⁸. Como lo es, además, el acceso a esa información, así como su discriminación, selección y análisis⁵⁹.

Algo que, significativamente, se convierte en el gran “talón de Aquiles” en la contratación con consumidores⁶⁰. Y se agrava ante situaciones de vulnerabilidad. Las exigencias de información, de comparación, de asesoramiento, de explicación y pedagogía de cada producto o líneas de productos se siente y se exige también en el ámbito del mercado financiero máxime ante la sofisticación de ciertas modalidades de inversión basadas en seguro o a través de productos vinculados a instrumentos financieros y productos empaquetados para inversores minoristas. Empleamos ya una jerga propia de un mercado cada vez más sofisticado y que se ha dado cuenta de la enorme disparidad y asimetría informativa que existía entre las partes. Si a esa asimetría, conocida, consciente y consentida, se une la pasividad del consumidor que no lee el condicionado, otra cuestión es que no lo entendiera y fuere necesaria además acudir a las reglas legales hermenéuticas, todo está servido para romper la ecuación del equilibrio teórico de la relación sinalagmática.

Consumidor que es y puede ser también un inversor. El grado de cultura, conocimiento, destreza o como inversor hará que en unos casos se repunte como profesional y, en otros, habilidad, como minorista, necesitado de una mayor tutela y protección, pero, sobre todo, información accesible, comprensible, tangible y comparable⁶¹.

El grado disímil de información, conocimiento, capacidad de cognoscibilidad y procesamiento es abismal no solo entre una parte y la otra, sino entre los propios consumidores, entre unos y otros y los motivos finalísticos que los llevan a contratar unos u otros productos con mayor o menor aversión al riesgo y en la que quizás hasta el presente no discernían la magnitud de ese mismo riesgo. Desafortunadamente también la práctica, y solo basta una ojeada a la jurisprudencia, ha mostrado que ese desconocimiento, desinterés,

desinformación y desatención se ha llegado a sentir y experimentar en expertos que en principio asesoran, canalizan y comercializan productos de consumo, sean o no tan sofisticado como los financieros.

Pero frente a esa protección legal y jurídica sobre el papel, late la realidad, con sus impulsos de creatividad, sofisticación y combinación de elementos, estrategias y riesgos que superan lo pautado.

Sin embargo, no quiere decir que ambas partes no sufran asimetría informativa. La entidad e intensidad del riesgo, su magnitud y variabilidad potencial es conocido por el asegurado, o debería serlo en grandes rasgos, sin embargo, la técnica aseguradora, la estadística, los datos, la siniestralidad y su propensión, amén de proyecciones y *big data* lo es por la entidad aseguradora. Es lo que se está dando en llamar asimetría informativa bilateral⁶².

Ahora bien, ¿hasta dónde es admisible o posible un máximo de información por parte del consumidor de cara a adoptar una decisión racional o una elección eficiente?, ¿hasta dónde es tolerable, admisible y procesable un exceso de información técnica, jurídica, financiera, tributaria, actuarial que siga siendo comprensible en todo momento y circunstancia? Tan negativa es la insuficiencia o defecto de información como el exceso o exuberancia de esta⁶³.

Un consumidor posee una capacidad limitada para procesar toda esa información, obligaciones, responsabilidades, límites, prórrogas, modificaciones, deberes contractuales, etc., entre otros elementos, porque estamos ante una información sumamente compleja. Por el contrario, es sabido que una información completa pero sencilla, que no es simple, produce una buena decisión y esto, a su vez, acarrearía un “efecto bumerán”, a saber, estimular mayor competencia entre los productos aseguradores⁶⁴. ¿Qué rol, en definitiva, queremos que desempeñe la transparencia?, ¿meramente estético y retórico?⁶⁵, ¿o, por el contrario, esencial y nuclear de cara a la adopción racional y, por ende, informada y consciente de todos los riesgos y costes de contratar un seguro?

Si seguimos con el ejemplo de un contrato de seguro, hemos de incidir en el verdadero y eficiente análisis del riesgo para cada una de las partes, la perspectiva desde la que se lleva a cabo, como también la actitud y comportamiento *ex ante* y *durante* el aseguramiento del riesgo⁶⁶. No cabe duda que cuando un tomador ha decidido contratar un seguro, ya ha valorado previamente —o debería haberlo hecho salvo que su comportamiento sea totalmente irracional o automatizado— esa misma probabilidad entre asegurarse o no hacerlo y, en este rol decisional, la información que ha manejado, así como la intensidad y realidad de esta, ha sido esencial⁶⁷.

Partiendo de la realidad de que el asegurado es quién conoce el riesgo, lo fáctico, el pasado y presente, es la aseguradora la que aplica técnicas de cálculo, de estadística, etc., que diseccionan y dispersan, pero también seleccionan el riesgo que se asume, el límite, la no desnaturalización del contrato de seguro.

Pero al mismo tiempo hemos de interrogarnos por quién y el qué del conocimiento *ex ante* del seguro, del contrato. ¿Quién es y qué sabe un futuro tomador del contrato sobre lo que es y significa su función y alcance, finalidad y contenido, alcance y magnitud de derechos y obligaciones de un contrato de seguro? Y ¿qué sabe sobre el riesgo?, ¿qué sobre el riesgo puro?

¿Cómo se posiciona ante la información que debe suministrar y como ante la que debe recibir para valorar y analizar sistemática y ordenadamente? De otro modo debemos preguntarnos: ¿conoce la ingente cantidad de información precontractual que hoy las normas obligan máxime si estamos ante productos de inversión pensados para minoristas y con componente híbridos entre instrumentos financieros y seguros?

Aunque sin duda debemos interpelarnos si acaso el propio tomador tiene un mínimo de información clave estratégicamente para una adopción racional de una decisión, que no es otra que la de contratar y el alcance y esencia de ese nervio contractual⁶⁸. Pues si ese mínimo fracasa, estamos sin duda ante una brecha importante de información y de eficiencia, pero también de racionalidad contractual, una racionalidad que parte siempre de una palabra medular, el conflicto entre las partes⁶⁹. Amén de conocer la integridad del

contenido contractual o estar en capacidad de una cognoscibilidad objetiva suficiente de cara a comprender el elenco de derechos y deberes que priman y se objetivizan en la relación contractual de seguro y frente a mecanismos *ex post* como es la interpretación del contrato⁷⁰.

La ignorancia de información sobre el riesgo que un determinado contrato representa, modela la contratación y con ella no solo la perfección, sino el coste mismo del contrato en sí. Este no será equilibrado u homogéneo salvo que los presupuestos de distintos contratos lo sean igualmente.

O, dicho de otro modo, la selección conduce irreversiblemente a precios distintos en el mercado o, cuando menos, a la irrelevancia de un precio único. Los consumidores asumen y representan perfiles disímiles de riesgos y por ello, los costes del contrato no siempre son idénticos⁷¹. Como también modela la actitud y el comportamiento conductual de ese mismo asegurado, toda vez que el riesgo ya está asegurado y el contrato en ejecución, los riesgos morales⁷².

La contingencia del riesgo lo atrapa todo. Lo que no significa que ese riesgo cubierto y asegurado sea holístico. Pero el seguro tiene un punto de debilidad, la imperfección de la información, la asimetría informativa, tanto en fase contractual como precontractual, la selección adversa y objetiva del riesgo⁷³. Es el asegurado quien conoce el riesgo, pero no la técnica, ni las imperfecciones asegurativas. Imperfecciones que crean inseguridades, que crean incertidumbres, que generan dudas y debilidades que se plasman sobre todo en el momento postsiniestral⁷⁴. Neutralizar el riesgo conlleva un coste, uno que no siempre descansa en el equilibrio sinalagmático.

Un coste que puede significar un vaciamiento parcial del seguro o una coparticipación de las coberturas de los riesgos, mediante un autoaseguramiento o *selfinsurance*⁷⁵ o con franquicias, a esa asunción parcial del riesgo de una manera dual por medio de la propia pérdida o asunción por el asegurado en una porción y la otra con la suma asegurada debida y pagada en su caso por la aseguradora⁷⁶.

El cómo perimetrar ese coste, asumirlo, afrontarlo y asegurarlo trasladando las consecuencias dañinas de su perjuicio confronta el seguro. Graduarlo, clasificarlo, asumirlo o no, técnica y estadísticamente mediante el cálculo de probabilidades y el cálculo económico es la tarea ingente que asumen las aseguradoras. El cómo lo hagan o no tiene, o debe tener, un límite infranqueable, a saber, la perenne búsqueda o consecución del equilibrio contractual. Un equilibrio además que se inserta en un marco temporal amplio normalmente y cuyo transcurso condiciona y modula la relación aseguraticia.

Pero no olvidemos que el mercado del riesgo no es perfecto y no lo es por la asimetría⁷⁷. Ni es, ni tampoco funciona, de un modo perfecto en el contrato de seguro⁷⁸. Y no lo es por la selección adversa, por los riesgos morales en los comportamientos conductuales que sobre el riesgo puede tener el asegurado y no siempre descontados por el asegurador, así como por los costes de transacción ínsitos al propio seguro.

Como también por esos riesgos de selección al ignorar el tomador o asegurado cómo aborda la aseguradora la gestión del siniestro o cómo pagará la indemnización si es que lo hace y, por qué no, en su defecto⁷⁹, saber descontarlos, saber anticiparse y asumirlos es prioritario desde la óptica de la aseguradora. Pero también lo es por un asegurado diligente, o debería serlo.

Las exigencias del tráfico mercantil no permiten una discusión minuciosa, sosegada y pormenorizada de los contratos, actuación esta que casa mal con el intento de adaptación a los intereses concretos y particularizados que puedan tener cada uno de los contratantes, por lo que forzosamente han irrumpido los contratos tipo con una rígida estructura y una profunda predeterminación⁸⁰. Ahora bien, esa imperatividad exige *ex ante* un presupuesto, el conocimiento del riesgo, la selección de este, la ponderación equilibrada del grado de cobertura mínimo que una póliza exige o debe exigir, la consistencia en suma de la cobertura del riesgo. Obtener esa información cualitativa es el primer paso, por mucho o amén que las pólizas y los condicionados ya están prerredactado o en la que la capacidad de negociación individual se reduce a su mínima expresión.

Bibliografía

- A. Cohen & P. Siegelman, *Testing for Adverse selection in Insurance Markets*, vol. 77 *The Journal of Risk and Insurance* 39 ss. (2010).
- Abel Veiga, *Productos financieros y seguro. Más allá del riesgo de inversión ¿quo vadis?* (Cizur Menor, 2020).
- Abel Veiga, *Tratado de contrato de seguro*, t. III, 7.ª ed. (Cizur Menor, 2021).
- Akerlof, *The market for "Lemons": Quality, Uncertainty and the Market Mechanism*, n.º 84 *Quarterly Journal of Economics* 488 ss. (1970).
- Alan I. Widiss, *Obligating insurers to inform insureds about the existence of rights and duties regarding coverage for losses*, vol. 1 *Conn. Ins. L. J.*, 1 ss. (1994-1995).
- Albanese, *Assicurazione sulla vita e protezione patrimoniale*, n.º 6 *Contratto e Impresa* 1422 ss. (2016).
- Andrea Maria Garofalo, *Il problema della clausola generale di buona fede nell'equilibrio tra formanti*, n.º 4 *NGCC* 575 ss. (2018).
- Antonio Fernández Crende, *Seguros de vida y discriminación sexual*, n.º 4 *InDret. Revista para el Análisis del Derecho* 5 (2004).
- Arrow, *Uncertainty and the welfare economics of medical care*, n.º 53 *American Economic Review* 941 ss. (1953).
- Axelle Astegiano-La Rizza, *Abus de droit et assurance*, n.º 11 *RGDA* 507 ss. (2016).
- Benito Arruñada, *Empresa, mercado e instituciones* (Cizur Menor, 2013).
- Carlos Alberto Ghersi, *Contrato de seguro* (2007).
- Christian Gollier, *Economic Theory of Risks Exchanges: A Review*, en Dione, Dir., *Contributions to Insurance Economics* Kluwer Academic Press 3 ss. (1992).
- Claudio Di Maio, *La tutela del consumatore online*, en Cassano, Dona & Torino (a cura di), *Il diritto dei consumatori* 611 ss. (2021).
- Cousy, *La fin de l'assurance? Considérations sur le domaine propre de l'assurance privée et ses frontières*, *Droit et économie de la santé, Mélanges Lambert* 111 ss. (2002).
- D. Pirilli, *La fase precontrattuale nell'assicurazione*, n.º 3 *Ass.*, 417 ss. (2013).
- Daniel Schwarcz, *A Products Liability Theory for the Judicial Regulation of Insurance Policies*, 48 *Wm. & Mary L. Rev.* 1389 (2007).
- Daniel Schwarcz, *Redesigning Consumer Dispute Resolution: A Case Study of the British and American Approaches to Insurance Claims Conflict*, vol. 83 *Tul. L. R.*, 735 ss. (2009).
- David Nogueiro, *La bonne foi comme condition de la prorogation du droit de renonciation en assurance-vie. Entre l'amont et l'aval*, *Revue de la recherche juridique, Droit prospectif, PUAM*, 1425 ss. (2015-4).
- David Rowell & Connelly, *A history of the term "moral hazard"*, vol. 79, n.º 4 *Journal of Risk and Insurance* 1051-1075 (2012).
- Di Novi, *Selezione avversa e mercato assicurativo privato: un'analisi empirica su dati USA*, n.º 3, *Dir. ed econ. Dell'assic.*, 943 ss. (2011).
- Didier Ferrier, *La protection des consommateurs* (1996).
- Dreher, *Die Versicherung als Rechtsprodukt* 59 ss. (1991).
- E. Galanti, *Assicurazione obbligatoria e self-insurance possono coesistere? Alcuni spunti da giurisprudenza e prassi*, en Landini et al. (a cura di), *Sfide e novità nel Diritto della assicurazione contro la responsabilità civile* 69 ss. (2016).
- Elizabet González Pons, *Prácticas agresivas y tutela del consumidor* (2019).
- Ettore Battelli, *Interpretatio contra proferentem e trasparenza contrattuale*, n.º 1 *CeI* 194 ss. (2017).
- Fernando Gomá Lanzón, *La supuesta complejidad de los llamados productos financieros complejos y la claridad como derecho del consumidor*, en *Préstamo responsable y ficheros de solvencia* (Cizur Menor, 2014).

- Fernando Hinestrosa, *Estado de necesidad y estado de peligro. ¿Vicio de debilidad?*, n.º 8 Revista de Derecho Privado 111 ss. (2005).
- Fernando Sánchez Calero, *Las mutualidades y el movimiento de defensa del consumidor*, RES 147 ss. (1981).
- Fontaine, *Droit des assurances* (2006).
- Francisco Javier Tirado Suárez, La crisis del principio de la libre selección de asegurados. La cobertura de los menores, discapacitados, de los de los mayores y de determinados enfermos, en A. Veiga, Dir., Retos y desafíos del contrato de seguro: del necesario aggiornamento a la metamorfosis del contrato. Libro homenaje al profesor Rubén Stiglitz 433 ss. (Cizur Menor, 2020).
- Francisco Pertíñez Vílchez, *Tutela de los consumidores y cláusulas abusivas en el contrato de seguro*, Abel Veiga, Dir., Retos y desafíos del contrato de seguro: del necesario aggiornamento a la metamorfosis del contrato. Libro homenaje al profesor Rubén Stiglitz 589 ss. (Cizur Menor, 2020).
- Friedrich Kessler, *Contracts of Adhesion-Some Thoughts About Freedom of Contract*, n.º 43 Col. L. R., 629 ss. (1943).
- Fusco, *Clausole limitative della responsabilità e clausole delimitative del rischio assicurato: qualificazione ed interpretazione*, n.º 3 Dir. econ. assic., 806 ss. (2004).
- Gabriel A. Stuglitz & Rubén S. Stiglitz, *Contratos por adhesión, cláusulas abusivas y protección al consumidor*, 2.ª ed. (2011).
- García-Pita Lastres, *La autonomía de la voluntad en la contratación mercantil*, n.º 7714 La Ley 4 ss. (13 de octubre de 2011).
- Gianni Manghetti, *Etica e assicurazione: quali comportamenti*, Ass., 3 ss. (2002, Gen-Mar).
- Giovanni Adamo, La relazione negoziale, en Cassano, Dona & Torino, *Il diritto dei consumatori* (a cura di) 145 ss. (2021).
- Guenter Treitel, *The Law of Contract*, 8.ª ed. (1991).
- Guido Alpa, *La trasparenza del contratto nei settori bancario, finanziario e assicurativo*, L'intermediazione mobiliare. Studi in memoria di A. Maisano 180 ss. (1993).
- Hugo Van Kooten, *Threats and abuse of circumstances*, en Beale, Dir., *Contract Law*, 3.ª ed. (2019).
- Ian Ayres & Alan Schwartz, *The no-reading problem in consumer contract law*, Yale Law School, Stanford Law Review 545 ss. (March, 2014).
- Jay M. Feinman, Improving state regulation of homeowners insurance: the essential protections for policyholders Project, Conn. Ins. L. J., 2018, vol. 24, pp. 163 y ss.
- Jean Calais-Auly, Henri Temple & Malo Depincé, *Droit de la consommation*, 10.ª ed., 189 ss. (2020).
- Jérôme Kullmann, *L'assuré est en droit d'être de la plus extrême mauvaise foi: l'arrêt qui ne passe pas*, en Mélanges en l'honneur du professeur Jean Bigot 215 ss. (2010).
- Jesús Almarcha Jaime, Pablo Muelas García & Joan Mir, Aspectos clave en la distribución del seguro, n.º 176 Revista Española de Seguros 533 ss., 541 (2018).
- John Y. Campbell, Howell Edmunds Jackson, Brigitte Madrian & Peter Tufano, *Consumer Financial Protection*, vol. 25 Journal Economic Persp., 91 ss. (2011). <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC4076052/pdf/nihms31104>
- José Humberto Sahián, *Dimensión constitucional de la tutela de los consumidores. Progresividad y control de regresividad de los derechos de los consumidores* (2017).
- Jules L. Coleman, *Riesgos y daños* (2010).
- Kenneth Abraham, *Insurance Law and Regulation*, 4.ª ed., (2005).
- Kenneth Abraham, *Plain meaning, extrinsic evidence, and ambiguity: myth and reality in insurance policy interpretation*, vol. 25 Conn. Ins. L. J. (2019).
- Kenneth Abraham & Dabiel Schwarcz, *Insurance Law and Regulation. Cases and Materials*, 6.ª ed. (St. Paul, 2015).
- Lydia Velliscig, *Assicurazione e 'autoassicurazione' nella gestione dei rischi sanitari* 23 ss. (2018).

- Manuel José Marín López, *El concepto de consumidor vulnerable en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores*, n.º 37 Revista CESCO 111 ss. (2021).
- Maria de Lourdes Ferrando Villalba, *Interpretación de las cláusulas generales limitativas de los derechos del asegurado*, n.º 87 RES 141 ss. (1996).
- María Dolores Hernández Díaz-Ambrona, *Consumidor vulnerable* (2015).
- Maria Inês de Oliveira Martins, *O seguro de vida enquanto tipo contratual legal* (2010).
- María Luisa Muñoz Paredes, M. L., *El deber de declaración del riesgo en el seguro* 19 ss. (Cizur Menor, 2018).
- Mark V. Pauly, *The Economics of Moral Hazard: Comment*, n.º 58 American Economic Review 531-537 (1968).
- Markus Rehberg, *Der Versicherungsabschluss als Informationsproblem*, VersWissStud, Bd. 23, Bade-Baden, (2003).
- Martín J. Osborne & Ariel Rubinstein, *A course in game theory* (1994).
- Martins-Costa, *Novas reflexões sobre o princípio da função social dos contratos*, en Pinto Monteiro, Dir., Estudos de direito do consumidor 49 ss. (2005).
- P. S. Atiyah, *The Rise and Fall of Freedom of Contract* (1979).
- Peter Macdonald Eggers, Simon Picken & Patrick Foss, *Good faith and insurance contracts*, 3.ª ed. (Bodmin/Cornwall, 2010).
- Phillips, *Consumer Protection Laws*», Legal Section Proceedings 31 ss. (American Council of Life Insurance, ACLI, 1994).
- Präve, *Versicherungsbedingungen und AGB-Gesetz* (1998).
- Raffaele Torino, *Déséquilibre significatif e clausole contrattuali ingiustificatamente gravose nella filiera agro-alimentare*, n.º 1 Riv. Dir. Comm., 29 ss. (2021).
- Richard Calnan, *Principles of Contractual Interpretation*, 2.ª ed. (2017).
- Rizzuti, *Vessatorietà e clausole di limitazione della responsabilità*, n.º 3 Ass., 469 ss. (2010).
- Robert Axelrod, *The evolution of cooperation* (1984).
- Robert H. Jerry & Douglas R. Richmond, *Understanding Insurance law*, 5.ª ed., 852 (2012).
- Rubén Stiglitz, *Cláusulas abusivas en el contrato de seguro* (1994).
- Rubén Stiglitz, *Derecho de seguros*, III, 6.ª ed. (2016).
- Rubén Stiglitz, *Temas de derecho de seguros* (2010).
- Rusell Korobkin, *Bounded Rationality, Standard Form Contracts, and Unconscionability*, n.º 70 U. Chi. L. R., 1203 ss. (2003).
- S. Landini, *Trasparenza e contratto di assicurazione in Italia e in Europa*, en Veiga, Dir., Retos y desafíos del contrato de seguro: del necesario aggiornamento a la metamorfosis del contrato, libro homenaje al profesor Rubén Stiglitz 543 ss. (Cizur Menor, 2020).
- Schwintowski, *Berliner Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz*, Honsell (Hrsg.) 44 ss. (1998).
- Schwintowski, *Der Private Versicherungsvertrag zwischen Recht und Markt* (Baden-Baden, 1987).
- Shäfer & Ott, *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, 5.ª (2013).
- Shavell, *On the social function and the regulation of liability insurance*, vol. 25, n.º 2 The Geneva Papers on Risks and Insurance 166 ss. (2000).
- Sholom Feldblum, *Underwriting cycles and business strategies*, Proceedings of the Casualty Actuarial Society LXXXVIII, 175-235, 176 ss. (2001).
- Simon Cooper, *Fraudulent insurance claims: where are we now?*, *The Insurance and Reinsurance Law Review*, en Rogan, ed., 5.ª ed., 1 ss. (2017).
- Stéphane Tétard, *Du droit de ne pas tout dire*, n.º 142 Dr. et patr., 46 ss. (2005).
- Susan Randall, *Freedom of contract in insurance*, vol. 14-1 Conn. Ins. L. J., 158 ss. (2007).
- Thomas J. Donnelly & Craig Brown, *Insurance contract interpretation* (2014).
- Todd D. Rakoff, *Contracts of Adhesion: An Essay in Reconstruction*, n.º 96 Harv. L. R., 1173 ss. (1983).

Tom Baker, *Constructing the Insurance Relationship: Sales Stories, Claims Stories and Insurance Contract Damages*, vol. 72 Texas L. R., 1395 ss. (1994).

Valeria de Lorenzi, *Contratto di assicurazione: disciplina giuridica e analyse econômica*.

Waldo Sobrino, *Contratos, neurociencias e inteligencia artificial* (2020).

Yolanda Aguilar Olivares, *Las prácticas agresivas desleales en el mercado y la tutela del consumidor* (Cizur Menor, 2020).

Notas

* Artículo de reflexión.

- 1 Pone el énfasis F. Hinestrosa, *Estado de necesidad y estado de peligro. ¿Vicio de debilidad?*, n.º 8 Revista de Derecho Privado 111-118 (2005), describiendo los condicionantes de esta debilidad, “de un lado, el estado de ignorancia o de debilidad del consumidor, su aprovechamiento por el profesional que así lo engaña (dolo) o lo coacciona (fuerza); de otro, que la operación se celebre fuera del lugar ordinario o normal de comercialización (a domicilio, en feria o salón de ventas); y finalmente, que el consumidor haya sido conducido a suscribir compromisos de créditos, con exclusión de las ventas o prestaciones de servicios pagados de contado”.
- 2 Entre otros, véase Y. Aguilar Olivares, *Las prácticas agresivas desleales en el mercado y la tutela del consumidor* (Cizur Menor, 2020). También E. González Pons, *Prácticas agresivas y tutela del consumidor* (2019).
- 3 Como bien señala Hernández M. D. Díaz-Ambrona, *Consumidor vulnerable* 58 (2015), “vulnerabilidad, va siempre unida a diversidad y complejidad dadas todas las situaciones que se pueden presentar y en las que se puede hallar al consumidor. Vulnerabilidad no implica sólo que el consumidor que contrata se encuentre sujeto a un régimen legal de protección, sino que existe una vulnerabilidad sectorial, teniendo en cuenta la educación, la situación social y financiera, el acceso a internet, lo que hace que sea difícil abordar el tema de la vulnerabilidad del consumidor de un modo unitario”.
- 4 En este punto, véase el trabajo de H. Van Kooten, “Threats and abuse of circumstances”, *Contract Law*, 3.a ed., [Beale (Dir.)] (2019), parte 3.a, caps. 15 y 16. Clásico, G. Treitel, *The Law of Contract*, 8.a ed., 371 ss. (1991).
- 5 Véase, en este punto, recientemente, C. Di Maio, *La tutela del consumatore online*, en Cassano, Dona & Torino (a cura di), *Il diritto dei consumatori* 611 ss. (2021), y donde aborda además la prohibición del *geoblocking*, así como la venta y la adquisición de servicios y productos digitales.
- 6 Como bien se ha sostenido, “el Derecho del Consumidor protege, indistintamente, a todos los consumidores. *La presunción de debilidad es irrefragable*. Tener en cuenta aptitudes particulares de cada consumidor suscita litigios sin fin y restaría eficacia al Derecho de los consumidores”. Cfr. G. A. Stiglitz & R. S. Stiglitz, *Contratos por adhesión, cláusulas abusivas y protección al consumidor*, 2.ª ed., 209 (2011).
- 7 Sostiene al buscar un perímetro conceptual de relación de consumo, J. H. Sahián, *Dimensión constitucional de la tutela de los consumidores. Progresividad y control de regresividad de los derechos de los consumidores* 197 (2017), con razón “el linaje constitucional no se confina, entonces, al vínculo bilateral de los contratos, sino que se extiende también a los hechos y actos jurídicos, actos unilaterales y la oferta de bienes y servicios, y actos a título gratuito. La relación jurídica de consumo se constituye así en la noción articuladora del amparo constitucional y legal”.
- 8 Infiere y se pregunta F. Hinestrosa, *Estado de necesidad y estado de peligro. ¿Vicio de debilidad?*, *cit.*, pág. 127 si ha habido un exceso de empeño en proteger al consumidor, como también cuál sería la actitud más sensata para procurar una tutela equilibrada de los intereses de aquel, acá en lo que se refiere a la fuerza vicio de la voluntad. En efectos, las presiones del profesional sobre el consumidor, especialmente cuando, por así decirlo lo aprehende aislado, p. ej., en su domicilio, o en un ambiente propicio al acoso, como sería en una feria o salón de exposición, tienden a ser consideradas como expresiones de fuerza, cuando quiera que es palpable el aprovechamiento de circunstancias especiales de inferioridad del consumidor, que autorizan a este para impugnar la validez del contrato. Ello lo pone de presente la proximidad entre las figuras de la fuerza, el estado de necesidad y el aprovechamiento de circunstancias o condiciones de inferioridad, como también la exigencia práctica de soluciones alternativas a la sola anulación del contrato.
- 9 Aunqué infra abordaremos la asimetría informativa, nos recuerda a G. Adamo, “La relazione negoziale”, *Il diritto dei consumatori*, [Cassano/Dona/Torino (a cura di)], 145-178 (2021), como la falta de información es la situación en la cual se encuentra el consumidor al cual le han sido ocultadas informaciones en la fase precedente a la conclusión del contrato. El exceso de información, al contrario, es la situación en la que puede encontrarse el consumidor al cual le han sido suministradas informaciones *in esubero col fine di viziare*, el consentimiento.
- 10 Afirma M. D. Hernández Díaz-Ambrona, *Consumidor vulnerable, cit.*, pág. 23, que el concepto utilizado de consumidor vulnerable se basa en la noción de vulnerabilidad endógena y hace referencia a un grupo heterogéneo de personas compuesto por aquellas consideradas de forma permanente como tales por razón de su discapacidad mental, física o psicológica, su edad, su credulidad o su género y además el concepto de consumidor vulnerable debe incluir asimismo a

- los consumidores en una situación de vulnerabilidad, el que se halla en una situación de impotencia temporal derivada de una brecha entre su estado y sus características individuales.
- 11 En este punto analiza S. Feldblum, *Underwriting cycles and business strategies* 176 ss., Proceedings of the Casualty Actuarial Society, LXXXVIII, 175-235 (2001), como los ciclos de suscripción, con sus amplios y desconcertantes cambios en las primas y la rentabilidad, desafían al actuario de los precios a adaptar las tasas a las realidades del mercado. Comprender las fuerzas detrás de las fluctuaciones de los precios de los seguros es un prerrequisito para analizar los precios del mercado. Los ciclos de suscripción se han atribuido a los procedimientos actuariales de elaboración, a la filosofía de suscripción y a la volatilidad de las tasas de interés.
 - 12 Afirma J. L. Coleman, *Riesgos y daños* 176 (2010), cómo una persona puede consentir actuar en perjuicio de sus intereses (de manera irracional, pero libremente), o puede estar constreñida a promover sus intereses (de manera racional, pero sin libertad).
 - 13 Como bien señalan R. H. Jerry & D. R. Richmond, *Understanding insurance law*, 5.a ed., 852 (2012), el conflicto en el seguro es el mismo que puede surgir en cualquiera relación contractual: “Conflicts between the interests of insurers and insureds are inevitable. In first-party insurance, once a loss has occurred, the insurer may wish to pay less in proceeds than the insured demands. This conflict, however, is no different than what can arise in any contractual relationship”.
 - 14 Sobre el equilibrio contractual entre las partes y el verdadero valor del principio de la buena fe, véase la sugerente aportación de A. M. Garofalo, *Il problema della clausola generale di buona fede nell'equilibrio tra formanti*, n.º 4 NGCC 575 ss. (2018), donde además (pág. 575) cuestiona el papel que desempeña el legislador asertando: “Il legislatore, infatti, non pone norme, ma testi di legge; e non crea i valori, ma semplicemente disposizioni volte a perseguirli”.
 - 15 Uno de los avances más serios se ha dado en el derecho de consumo francés, donde bajo la denominación de “abuso de debilidad” se tipifica un delito previsto en el art. L 122-8 del Code, y que busca por medio de esta tipificación del abuso de debilidad una protección suplementaria de los consumidores en estado de particular debilidad o ignorancia. Se imputa delito a quién abusa de la debilidad o ignorancia de una persona para hacerle contratar por medio de visitas a domicilio, obligaciones de pago al contado o a crédito. Ventas telefónicas, etc., y donde las personas consumidoras son incapaces de comprender el alcance de sus obligaciones. Véase, *in extenso*, J. Calais-Auloy, H. Temple & M. Dépincé, *Droit de la consommation*, 10.a ed., 189 ss. (2020).
 - 16 Así, D. Ferrier, *La protection des consommateurs* 26 (1996).
 - 17 Sobre esta deshonestidad y el fraude en el seguro, imprescindible el estudio actualizado de S. Cooper, *Fraudulent insurance claims: where are we now?* Rogan (ed.), *The Insurance and Reinsurance Law Review*, 5.a ed., 1 ss. (2017).
 - 18 No es casual este planteamiento. Así, J. Kullmann, *L'assuré est en droit d'être de la plus extrême mauvaise foi: l'arrêt qui ne passe pas*, en *Mélanges en l'honneur du professeur Jean Bigot* 215 ss. (2010); A. Astegiano-La Rizza, *Abus de droit et assurance*, n.º 11 RGDA 507 ss. (2016).
 - 19 Afirmación, sin duda genérica y hasta innecesaria. Sin embargo, una de las grandes aportaciones que desde el derecho anglosajón se han hecho a la buena fe en el contrato de seguro se debe a P. Macdonald Eggers, S. Picken & P. Foss, *Good faith and insurance contracts*, 3.ª ed., en *Bodmin & Cornwall* 10 (2010), se interrogan “To which types of policy does the duty of good faith apply?”.
 - 20 En este punto, véase D. Nogueiro, *La bonne foi comme condition de la prorogation du droit de renonciation en assurance-vie. Entre l'amont et l'aval*, *Revue de la recherche juridique, Droit prospectif, PUAM*, 1425 ss. (2015-4), especialmente a partir de la pág. 1427, donde se analiza las consecuencias de un ejercicio de mala fe de esta prórroga.
 - 21 Exponente de esta situación, véase el trabajo de S. Tétard, *Du droit de ne pas tout dire*, n.º 142 Dr. et patr., 46 ss. (2005).
 - 22 Véase G. Manghetti, *Etica e assicurazione: quali comportamenti*, *Ass.*, 3 ss. (2002, Gen-Mar), para quien el comportamiento de todo asegurado es decisivo para el correcto funcionamiento de la *catena della solidarietà*. Incluso mantiene cómo el asegurado en la fase precontractual llega a disfrutar de una cierta fuerza dada la asimetría informativa pues es quién mejor conoce y de un modo exclusivo la propia exposición al riesgo. Sobre la obligación en aras de la buena fe de informar por parte del asegurador del alcance real de las coberturas al tomador, véanse las reflexiones de A. I. Widiss, *Obligating insurers to inform insureds about the existence of rights and duties regarding coverage for losses*, vol. 1 *Conn. Ins. L. J.*, 1 ss. (1994-1995), especialmente págs. 4-8.
 - 23 Sobre los riesgos de la asimetría informativa bilateral y la determinación del riesgo, véase. entre otros el trabajo de D. Pirilli, *La fase precontrattuale nell'assicurazione*, *Ass.*, 417 ss. (2013).
 - 24 Sobre el alcance y la interpretación de las cláusulas que diseccionan el contrato, véase, desde la perspectiva anglosajona, el trabajo de T. J. Donnelly & C. Brown, *Insurance contract interpretation* (2014), sobre todo el capítulo noveno, bajo el epígrafe “Circumvention of policy language”.
 - 25 Acierta K. Abraham, *Insurance Law and Regulation*, 4.a ed., (2005), 342, cuando afirma como el reconocimiento de la calidad funcional de las pólizas de seguro revela tres características del “conjunto” de la póliza que se reflejan en el enfoque de los tribunales para la interpretación de las pólizas de seguro. Estas son las presunciones de consistencia, coherencia y no redundancia. Los tribunales a menudo no declaran que están siguiendo o invocando estas presunciones, en parte porque las presunciones son tan fundamentales como para ser casi transparente.

- 26 Véase, entre otros, F. Sánchez Calero, *Las mutualidades y el movimiento de defensa del consumidor*, RES 147 (1981), quien afirma cómo la exigencia de las condiciones generales, como clausulado predispuesto por un empresario [...] se manifiesta con mayor vigor en el sector asegurador, que en otros sectores económicos, en los que se produce igualmente la contratación en masa; M. Ferrando Villalba, *Interpretación de las cláusulas generales limitativas de los derechos del asegurado*, n.º 87 RES 141 ss. (1996); véase, también, R. Stiglitz, *Cláusulas abusivas en el contrato de seguro* 7 (1994), señala cómo el contrato de seguro es el que mejor facilita la comprensión del género de adhesión, porque en él, como en ningún otro, se dan y explican, con tanta intensidad, sus rasgos más caracterizadores.
- 27 Obligada la cita y remisión a F. Pertíñez Vílchez, *Tutela de los consumidores y cláusulas abusivas en el contrato de seguro*, en A. Veiga, Dir., Retos y desafíos del contrato de seguro: del necesario aggiornamento a la metamorfosis del contrato. Libro homenaje al profesor Rubén Stiglitz 589 ss., 604 ss. (Cizur Menor, 2020). Para el autor lo que la jurisprudencia denomina contenido natural del contrato, en realidad tiene que ver con el conjunto de expectativas legítimas del asegurado sobre el riesgo objeto de cobertura incluido en el contrato. En este punto, véase la sentencia del Supremo de 22 de abril de 2016 donde se dice: “se estableció un régimen específico para que determinadas condiciones generales del contrato de seguro alcanzasen validez, se estaba pensando precisamente en las cláusulas que restringen la cobertura o la indemnización esperada por el asegurado. Estas cláusulas pueden ser válidas, pero para ello se requiere que el asegurado haya conocido las restricciones que introducen”.
- 28 Para más claridad, véase I. Ayres & A. Schwartz, *The no-reading problema in consumer contract law*, Stanford L. R., 545 ss. (2014), cuando sostienen: “Consumers’ failure to read occurs not only when consumers are understandably rushed, as at the rental car counter, but also when there is time. People rarely read the forest of trees that are harvested and mailed in the form of credit card and cell phone contracts, insurance policies, gym membership agreements, or mutual fund prospectuses. The data also suggest that people do not read important parts of one-time contracts such as home mortgage agreements. More recently, evidence suggest that consumers seldom read Internet contracts, which contain many controversial provisions”.
- 29 Así, K. Abraham, *Insurance Law and Regulation*, cit., pág. 342, señala: “Both the general injunction to read the policy as a whole and the canons of interpretation do more than confirm that the meaning of one policy provision can shed light on the meaning of another provision”.
- 30 Como bien señala K. Abraham, cit., pág. 345, esta es la práctica de incluir a veces la duplicación de términos o de disposiciones a fin de garantizar o destacar la importancia de una limitación de cobertura. Y lo ejemplifica mediante la conocida sentencia *TMW Enterprises v. Federal Ins. Co.*, [TMW Enters. v. Fed. Ins. Co., 619 F.3d 574, 577 (6th Cir. 2010)].
- 31 Conforme, entre otros, a M. Marín López, *El concepto de consumidor vulnerable en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores*, n.º 37 Revista CESCO 111 ss. (2021), 8.
- 32 En este punto, sostiene K. Abraham, *Insurance Law and Regulation*, cit., pág. 347 como bajo el canon *noscitur a sociis*, el significado de una palabra es para ser entendida por referencia al significado de las palabras que la rodean. Según este canon, una exclusión que se refiere a la “liberación” de contaminantes, como parte de una lista que se refiere a la “descarga, dispersión, liberación o escape” de contaminantes, por ejemplo, se interpretaría como la enumeración de medios por los que contaminantes pueden ser liberados del confinamiento, y no al depósito de contaminantes en un lugar de confinamiento.
- 33 Aclara E. Battelli, *Interpretatio contra proferentem* e trasparenza contrattuale, n.º 1 CeI 194 ss., 210 (2017), como la locución “transparencia” no es “típica” del derecho civil y, como tal, es de incierta connotación, viene atribuido el significado de información completa y adecuada que se caracteriza, a nuestros fines, también por la plena cognoscibilidad de las cláusulas contractuales; a esa se contraponen la noción de opacidad. Capital la aportación de G. Alpa, *La trasparenza del contratto nei settori bancario, finanziario e assicurativo*, L’intermediazione mobiliare. Studi in memoria di A. Maisano 180 ss. (1993).
- 34 Hace ya cuatro décadas se cuestionó precisamente esa libertad contractual desde la óptica del derecho inglés, así, P. S. Atiyah, *The Rise and Fall of Freedom of Contract* (1979), cuestionó esa libertad y preguntó por sus límites. Como bien señala R. Calnan, *Principles of Contractual Interpretation*, 2.a ed., 20 (2017), el regreso al principio de la libertad contractual se produce por la actividad legislativa cuando se legisla sobre consumidores, por lo que se deja a los tribunales libertad para modelar y dar efecto a esa libertad contractual a la hora de determinar libremente por ellos mismos las obligaciones primarias que aceptarán.
- 35 Importante el análisis que desde la libertad contractual realiza S. Randall, *Freedom of contract in insurance*, vol. 14-1 Conn. Ins. L. J., 158 ss. (2007), donde parte como prontuario: “Insurance policies, like many consumer contracts, are standardized forms, offered on a take-it-or-leave-it basis. Policyholders have no opportunity to negotiate terms, conditions, or price and typically do not even see the policy until after they have completed the purchase. Insurance policies are complex and technical documents that very few policyholders can read or understand”.
- 36 Así, C. A. Ghersi, *Contrato de seguro*, cit., pág. 98, indica cómo la masificación del consumo y la estandarización de la relación contractual como metodología lleva a situaciones harto dificultosas y de una falta de claridad que hacen

- necesaria la posibilidad de una verdadera comprensión del acto. He aquí el núcleo del problema: el “lenguaje”, que debe ser “comprensible”, por esencia, para la prevención de conflictos. Sostiene S. Landini, *Trasparenza e contratto di assicurazione in Italia e in Europa*, cit., pág. 543, como la claridad y la comprensibilidad representan un momento esencial del acto comunicativo en cuanto “consentono al destinatario del messaggio di conoscerne il contenuto e rispondere in maniera conforme”. Se trata —a juicio de Landini— de términos difíciles de absolutizar en tanto dependen de la lengua y del lenguaje empleado, de la capacidad de las partes dialogantes, de las condiciones de tiempo y de espacio en el cual se instaura el mensaje, de los medios de transmisión de estos.
- 37 Así el artículo 2 de la Directiva (UE) 2019/2161 del Parlamento Europeo y del Consejo, 27 de noviembre de 2019, que modifica la Directiva 98/6/CE señala: “Artículo 6 bis 1. Cualquier anuncio de reducción del precio indicará el precio anterior aplicado por el comerciante durante un período determinado antes de introducir dicha reducción. 2. Por ‘precio anterior’ se entenderá el precio más reducido aplicado por el comerciante durante un período de tiempo que no podrá ser inferior a los treinta días anteriores a la aplicación de la reducción del precio. 3. Los Estados miembros podrán establecer normas diferentes para los productos que puedan deteriorarse o caducar con rapidez. 4. Cuando el producto haya estado en el mercado durante menos de treinta días, los Estados miembros podrán establecer asimismo un período de tiempo más corto que el especificado en el apartado 2. 5. Los Estados miembros podrán disponer que, cuando la reducción del precio se aumente progresivamente, el precio anterior sea aquel precio sin reducir antes de la primera aplicación de la reducción”.
- 38 Véase R. Torino, *Déséquilibre significatif e clause contrattuali ingiustificatamente gravose nella filiera agro-alimentare*, n. ° 1 Riv. Dir. Comm., 29 ss. (2021).
- 39 Véase la aportación y reconstrucción de una relación de seguro que nos ofrece T. Baker, *Constructing the Insurance Relationship: Sales Stories, Claims Stories and Insurance Contract Damages*, vol. 72 Texas L. R., 1395 ss. (1994).
- 40 Sobre este particular, véase, entre otros, A. Veiga, *Productos financieros y seguro. Más allá del riesgo de inversión ¿quo vadis?* (Cizur Menor, 2020).
- 41 Sobre la discriminación en el contrato de seguro, esencial el trabajo de F. J. Tirado Suárez, *La crisis del principio de la libre selección de asegurados. La cobertura de los menores, discapacitados, de los de los mayores y de determinados enfermos*, en A. Veiga, Dir., Retos y desafíos del contrato de seguro: del necesario aggiornamento a la metamorfosis del contrato. Libro homenaje al profesor Rubén Stiglitz 433 ss. (Cizur Menor, 2020); así, como el epígrafe relativo a este, A. Veiga, *Tratado de contrato de seguro*, t. III, 7.a ed. (Cizur Menor, 2021).
- 42 Como principales problemas respecto a las prácticas más recurrentes en la contratación de seguro, señala Phillips, *Consumer Protection Laws*, Legal Section Proceedings, ACLI (American Council of Life Insurance) 31 ss., 47 (1994): “A. Inappropriate use of illustrations to estimate future performance and to compare performance of different policies; B. Lack of accountability of any of the parties to the sale: applicant, agent and company; C. Lack of a standardized format for life insurance illustrations; D. Lack of standard and consistent definitions, language, assumptions and methodology; E. Inadequate description of policy; F. Consumer not notified of changes in current assumptions; G. Insufficient penalties; H. Current regulatory approaches are out of date”.
- 43 R. Axelrod, *The evolution of cooperation* 23 (1984), abogaba en que la cooperación no es posible si la decisión de cooperar se adopta de una vez y para siempre. Y esa imposibilidad se reduce a una razón esencial, a saber, la traición será la estrategia dominante
- 44 Esto lleva a R. Stiglitz, *Derecho de seguros*, III, cit., pág. 381, decir que siendo como es el análisis económico del contrato un criterio economicista exacerbado en la maximización de utilidades y minimización de perjuicios (eficiencia), le es inherente en lo que hace al propósito de alcanzar sus fines, una total indiferencia por las limitaciones que se predicen del orden jurídico y la regla moral, ya que la prioridad que se plantea consiste en asignar a la riqueza estadio preferente y reconocer al derecho condición de instrumento de una ideología económica o política, sin plenitud participativa (con marginación) y, por ende, antidemocrática.
- 45 Afirma J. L. Coleman, cit., pág. 187, cómo, en muchos sentidos, los tribunales no estarán en una mejor posición que los individuos para determinar qué asignación de riesgos maximizará la riqueza, y en general estarán en una posición considerablemente peor. Aunque el tribunal busque promover la eficiencia mediante la aplicación de la regla supletoria relevante, no hay razón para pensar que será más eficiente que los contratantes particulares. Un tribunal con criterio intentará que los litigantes resuelvan el problema privadamente, siempre que estén en la mejor posición para resguardarse contra el fracaso del contrato.
- 46 R. Stiglitz, *Derecho de seguros*, III, cit., pág. 373, es claro cuando afirma cómo en los dominios del contrato de seguro y fuera el marco de una relación sinalagmática, el principio de maximización de utilidades puede llegar a conducir a inequidades tan extremas que, en ocasiones, cabe interrogarse si las patologías que resultan de la naturaleza predispuesta del contenido negocial no mudan (desnaturalizan) su esencia aleatoria y asacan al contrato de seguro carácter conmutativo.
- 47 Es lo que se ha dado en llamar recursos de la transacción, destinados a determinar si la transacción es racional. Así, analizando el contrato y la racionalidad conjunta, J. L. Coleman, *Riesgos y daños*, cit., págs. 123 y 124.

- 48 No podemos dejar de lado que en Estados Unidos la doctrina de “expectativas razonables” asumió que el consumidor no tiene control: el contrato se ofrece sobre la base de “lo tomas o lo dejas”. La mejor analogía es la falta de comprensión. Este es entonces el tipo de asimetría de la información que respaldó las garantías de calidad que se analizan a continuación. Se trata de remediar el nivel diferencial de comprensión del producto que existe entre el comprador y el proveedor. En lugar de deshacer el contrato o imponer una obligación explícita de “ajuste” a los suscriptores, Schwarcz buscó adaptar las obligaciones de diseño de productos de la ley de “responsabilidad de productos” para garantizar un mejor diseño de los contratos de seguro. Su prueba alternativa de “responsabilidad de productos” impondría la responsabilidad por productos defectuosamente diseñados. Véase, entre otros, D. Schwarcz, *A Products Liability Theory for the Judicial Regulation of Insurance Policies*, 48 Wm. & Mary L. Rev. pág. 1399 (2007).
- 49 Nuevamente, Schwarcz, *A Products Liability Theory*, *cit.*, pág. 1399, es el que adopta el siguiente símil: los productos de seguros son potencialmente una red de seguridad defectuosa (metafórica) que debería regularse de la misma manera que una red de seguridad defectuosa (literal). Para el artista de circo: la propia red de seguridad causó la lesión del intérprete porque no cumplió con el propósito de proteger al intérprete de un riesgo anticipado. Se puede entender que una póliza de seguro que omite una cobertura eficiente daña al asegurado de la misma manera.
- 50 Como bien señala J. L. Coleman, *Riesgos y daños*, *cit.*, pág. 127, expresado en términos analíticos, es condición necesaria para que haya acuerdo sobre un contrato que sus resultados esperados satisfagan lo que puede ser denominado el principio de *racionalidad de la concesión*.
- 51 Se ha dicho que, aun si en la práctica fuese posible especificar plenamente un contrato, hacerlo podría resultar irracional, en tanto los costes esperados de una especificación más completa pueden exceder los beneficios esperados de establecer una solución concreta para un evento imaginable pero improbable. J. L. Coleman, *cit.*, pág. 173.
- 52 J. L. Coleman, *cit.*, pág. 123, sintetiza el problema en función de cada fase del proceso de contratación involucrando *per se*, principios de racionalidad diferentes. Así, en la etapa precontractual se toma la decisión de cooperar, de buscar un contrato. Siendo racionales las partes, cada uno tomará una decisión afirmativa basándose en la expectativa de que un contrato les permita obtener ganancias conjuntas. En la etapa de negociación se toma la decisión de cómo contratar. Las partes acuerdan los términos del contrato, especificando la manera en la que se asignan las ganancias resultantes y los costes e hacerlo cumplir. Finalmente, en la etapa poscontractual cada parte toma la decisión de cumplir o violar el contrato, y controla el cumplimiento de la contraparte.
- 53 Como señala R. Stiglitz, *Derecho de seguros*, III, *cit.*, pág. 374, el asegurador dispone —ante circunstancias conocidas por el asegurado, pero no por el asegurador y que se han podido agravar con el tiempo— de un arsenal normativo que favorece su posición en el contrato, pudiendo o anular el contrato o reajustarlo al verdadero estado del riesgo.
- 54 En este punto, R. Stiglitz, *Derecho de seguros*, III, *cit.*, pág. 376, postula cómo los principios del análisis económico no son conceptualmente idóneos para reinstalar, en el contrato, la equivalencia deseada. Así: “Es que si se declara que el mercado contractual debe operar con la máxima libertad, sin restricciones ni normas jurídicas protectoras, declarándose que el contrato de seguro, en definitiva, es producto de la autonomía de la voluntad y, por tanto, ‘zona restringida’ e inaccesible al Estado, la desigualdad formal habrá de acentuarse”.
- 55 Categóricamente Stiglitz, *Derecho de seguros*, III, *cit.*, pág. 5, al señalar como la falta de información porta un tratamiento distinto según se sea profesional o profano. El asegurador se ve favorecido por los textos legales, el asegurado de buena fe (ignorancia legítima) resulta perjudicado por ausencia de textos legislativos y por una doctrina que, por ahora, no formula distinciones de origen subjetivo por lo que se la enuncia universalmente.
- 56 Acierta J. L. Coleman, *cit.*, pág. 297, cuando afirma que una persona debe a otra una compensación solo si la pérdida que causa es el resultado de una conducta injustificable o irrazonable. En este sentido, actuar injustificadamente excluye la compensación; y la culpa o la irrazonabilidad por parte del agente dañador es condición necesaria del derecho a ser indemnizado.
- 57 Así, se ha afirmado, al margen del mecanismo y operativa del seguro, y que no compartimos si opera el seguro, por parte de Coleman, *cit.*, pág. 295, como en caso de que la pérdida de la víctima sea igual al beneficio del agente dañador, no se plantea ningún problema especial, la anulación del beneficio del agente también anula la pérdida de la víctima. Cuando el beneficio del agente dañador es menor que la pérdida, entonces, si la justicia exige solo que su beneficio injusto sea anulado, hacer justicia podría dejar a la víctima sin una compensación plena.
- 58 No más claros pueden ser Abraham & D. Schwarcz, *Insurance Law and Regulation. Cases and Materials*, 6.a ed., 6 (St. Paul, 2015), cuando afirman: “If insurance markets functioned perfectly, law would have a much less important role to play in regulating insurance than it does in practice”.
- 59 Como bien aduce B. Arruñada, *Empresa, mercado e instituciones* 29 (Cizur Menor, 2013), a medida que crece el volumen de información que el individuo tiene sobre su entorno, disminuye el coste debido a decisiones erróneas hasta un punto de “información perfecta”, a partir del cual dicho coste es nulo. Por otro lado, para aumentar su información, el individuo debe soportar un coste creciente, que tiende a infinito a medida que el volumen de información se acerca a un cierto “límite informativo”.

- 60 Magistral W. Sobrino, *Contratos, neurociencias e inteligencia artificial* 41 ss. (2020), en su capítulo II, cuando aborda el problema de no leer los contratos en el derecho del consumidor. Categóricos, I. Ayres & A. Schwartz, *The no-reading problema in consumer contract law* Yale Law School, Stanford Law Review 545 ss. (March, 2014), donde infieren cómo, en lugar de promover el asentimiento informado de los consumidores mediante intentos quijotescos de que los consumidores lean divulgaciones cada vez mayores, este artículo sustenta que la ley de protección al consumidor debe centrarse en el “optimismo de términos”, situaciones en las que los consumidores esperan condiciones más favorables de las que realmente reciben. Proponen los autores un sistema bajo el cual los vendedores del mercado masivo deben participar periódicamente en un proceso de “justificación de términos” por medio del cual los vendedores sabrían si sus consumidores tienen creencias precisas sobre los términos de su acuerdo. Los términos que cumplan o superen las expectativas del consumidor medio serían aplicables incluso si están enterrados o solo están disponibles a pedido.
- 61 Como bien enfatizan J. Almarcha, P. Muelas & J. Mir, *Aspectos clave en la distribución del seguro*, n.º 176 RES 533 ss., 541 (2018), la distinción entre cliente profesional y cliente minorista que realiza la normativa PRIIPs, en línea con la de mercado de valores, se configura en función de la experiencia, los conocimientos y la cualificación que ostente el inversor, pero no estrictamente con el fin que persigue la inversión o, en esencia, el negocio jurídico. En general, el inversor minorista será consumidor, por la propia naturaleza de cada una de las instituciones.
- 62 Esta asimetría de la información es calificada de bilateral. Véanse las aportaciones de D. Pirilli, *La fase precontrattuale nell'assicurazione*, n.º 3 Ass., 417 ss. (2013), sobre todo a partir de la pág. 419. En nuestra doctrina, la valiosa aportación de M. L. Muñoz Paredes, *El deber de declaración del riesgo en el seguro* 19 ss. (Cizur Menor, 2018).
- 63 Como bien sostiene A. Fernandez Crende, *Seguros de vida y discriminación sexual*, n.º 4 InDret. Revista para el Análisis del Derecho 5 (2004): “el riesgo moral surge cuando el comportamiento del asegurado varía, una vez celebrado el contrato, en el sentido de asumir más riesgos debido a que, precisamente, la contratación del seguro le infracentiva a prevenirlos. Esto tiene el efecto perverso de incrementar la probabilidad de que se produzca la contingencia asegurada y, en consecuencia, incrementar también los daños esperados”.
- 64 Por esta última vía avanza el trabajo de J. Y. Campbell, H. E. Jackson, B. C. Madrian & P. Tufano, *Consumer Financial Protection*, vol. 25 Journal Economic Persp., 91 ss. (2011). Véase, además, Feinman, *Improving state regulation of homeowners insurance: the essential protections for policyholders Project*, vol. 24 Conn. Ins. L. J., 163 ss. (2018).
- 65 Señala F. Gomá Lanzón, *La supuesta complejidad de los llamados productos financieros complejos y la claridad como derecho del consumidor*, en Préstamo responsable y ficheros de solvencia (Cizur Menor, 2014), cuando inicia su contribución con estas palabras: “quiero comenzar”.
- 66 No les falta razón a K. Abraham & D. Schwarcz, *Insurance Law and Regulation*, cit., pág. 6, cuando afirman que si el mercado del seguro funcionase perfectamente, el derecho tendría y desempeñaría un rol mucho menos importante que el que lo hace en verdad. El ideal de un mercado funcionando perfectamente, sin embargo, nunca es alcanzado en la práctica. El mercado de seguros es especialmente susceptible de dos fallos de mercado bien conocidos: *adverse selection and moral hazard*.
- 67 Habla C. A. Ghersi, cit., pág. 141, de la probabilidad ponderada, es decir, el tomador ha debido contar con un caudal de información mínimo para realizar esa ponderación de alternativas.
- 68 De ahí que C. A. Ghersi, *Contrato de seguro*, cit., pág. 141, defienda que la distribución de valor (entre variable adversa y exitosa) implica que la tasa de acaecimiento del siniestro es meritable (en términos de valor) y mensurable (en porcentaje de acaecimiento).
- 69 En este punto, afirma J. M. Feinman, *Improving state regulation of homeowners insurance: the essential protections for policyholders Project*, Conn. Ins. L. J., vol. 24, 165 (2018).
- 70 Sobre el alcance y la interpretación de las cláusulas que diseccionan el contrato de seguro, véase, desde la perspectiva anglosajona, el trabajo de T. J. Donnelly & C. Brown, *Insurance contract interpretation*, cit., sobre todo el capítulo noveno: “Circumvention of policy language”, perimetrar la esencia del lenguaje en el seguro.
- 71 Esto es lo que en economía se conoce como *separating equilibria* o *equilibrium* que aboca a un fraccionamiento del mercado en función de la combinación precio-cobertura. Como bien señala M. I. de Oliveira Martins, *O seguro de vida enquanto tipo contratual legal*, Coimbra editora, pág. 193, nota 365, 2011. Los sujetos con perfil de riesgo elevado adquieren contratos similares a los que adquirirían en caso de existir transparencia en el mercado, y lo mismo sucede en relación con los individuos que representan riesgos poco elevados y que prefieren la adquisición de un contrato más barato o subvencionado de los sujetos que representan riesgos más elevados. Sobre los *separating equilibria* en la teoría de los *signaling games*, véase la aportación profundamente economicista que realizan en su estudio M. J. Osborne & A. Rubinstein, *A course in game theory* (1994).
- 72 Sobre la evolución misma de los riesgos morales y su contratos jurídico-económico-teológico y moral, véase la aportación de D. Rowell & Connelly, *A history of the term “moral hazard”*, vol. 79, n.º 4 Journal of Risk and Insurance 1051-1075 (2012).
- 73 Así, sobre este problema de la *imperfect information*, se ha pronunciado con contundencia K. Abraham, *Insurance Law and Regulation*, 4.a ed., 6 ss. (2005). Aplicando el óptimo de Pareto a los problemas de la moral *hazard*. Señala M. V.

- Pauly, *Overinsurance and public provisions of insurance: the roles of moral hazard and adverse selection*, vol. 88 *Quarterly Journal of Economics* 44-62 (1974). A. Cohen & P. Siegelman, *Testing for Adverse selection in Insurance Markets*, vol. 77 *The Journal of Risk and Insurance* 39 ss. (2010), artículo en el que los autores revisan la literatura empírica sobre la selección adversa en el contrato de seguro. Evalúan y estudian la teoría de la cobertura básica de predicción del riesgo de selección adversa, constando como los asegurados que tienen más cobertura, compran más seguro, tienden a ser más arriesgados, sintetizando este comportamiento.
- 74 Aduce C. A. Ghersi, *Contrato de seguro, cit.*, pág. 141, cómo el mínimo de información puede obedecer al que la recibe de la misma aseguradora (publicidad, mercadotecnia, etc.), lo cual, como elaboración ajena, solo merece confianza (así se opera en el mercado) y no verificación, o es propia y, en este sentido, puede ser elemental, apriorística, es decir, acientífica —lo cual habla de la imperfección de la información— o completa, verificable, científica, o sea, eficaz.
- 75 Un análisis profundo sobre el *self insurance*, sobre todo en el ámbito de los seguros de asistencia sanitaria y una comparativa entre Europa y Estados Unidos, podemos encontrarla en la reciente publicación de L. Velliscig, *Assicurazione e 'autoassicurazione' nella gestione dei rischi sanitari* 23 ss. (2018).
- 76 Sobre este punto trabajaremos en el valor del interés y la franquicia. Pero sirva como adelanto la aportación de E. Galanti, *Assicurazione obbligatoria e self-insurance possono coesistere? Alcuni spunti da giurisprudenza e prassi*, en Landini et al. (a cura di), *Sfide e novità nel Diritto della assicurazione contro la responsabilità civile* 69 ss. (2016).
- 77 Concluye C. A. Ghersi, *Contrato de seguro, cit.*, pág. 140, cómo el tomador posee, como premisa central, la aversión al riesgo, puesto que el seguro le proporciona una preferencia, frente a la incertidumbre, de tal modo que el tomador es consciente del riesgo como para producir una información eficaz y eficiente (para la evaluación de la compañía de seguros).
- 78 Referencia V. de Lorenzi, *Contratto di assicurazione: disciplina giuridica e analyse economica, cit.*, pág. 69, lo que entiende como problemas económicos del contrato de seguro. Así, la transmisión de riesgos en el mercado encuentra límites, dado que no todos los riesgos que un sujeto en un mercado ideal de riesgo querría transferir, son transferibles y asumidos por una aseguradora en un mercado real de riesgo. Las causas del no funcionamiento perfecto del mercado del riesgo son múltiples. Por un lado, porque el mercado puede no ser competitivo, lo cual altera el precio del contrato, de modo que aumentan las primas que las aseguradoras cobran a los asegurados. Por otro lado, subsisten altos costes de transacción en el contrato de seguro. Y el problema arranca en la perfección del contrato ante la asimetría de información que existe entre las partes en el contrato de seguro, preexistente y concurrente con el seguro y que provoca una selección adversa. Sobre los costes de transacción en el seguro, véase la aportación de C. Gollier, *Economic Theory of Risks Exchanges: A Review*, en Dione, Dir., *Contributions to Insurance Economics* 3 ss. (Kluwer Academic Press, 1992). Igualmente, sobre la asimetría informativa en el seguro, Chandler, *Insurance Regulation*, en *Encyclopedia of Law and Economics* 837 ss. (2000).
- 79 Así, J. M. Feinman, *cit.*, pág. 166, afirma: “The quality of an insurance policy reflects two things: the ability of the insurer to pay claims, and its practices in doing so. The former is adequately addressed by the non-market solution of state solvency regulation, the area in which regulators have been most successful. *The quality of claim practices, by contrast, is the area in which there is little information available to consumers.* When choosing among insurers, consumers have few effective means of evaluating and comparing which insurer is more likely to pay promptly, fully, or at all for which type of claims”.
- 80 Véase M. Rehberg, *Der Versicherungsabschluss als Informationsproblem*, *VersWissStud*, Bd. 23, Bade-Baden 25 (2003). T. D. Rakoff, *Contracts of Adhesion: An Essay in Reconstruction*, n.º 96 *Harv. L. R.*, 1173 (1983), pero también F. Kessler, *Contracts of Adhesion-Some Thoughts About Freedom of Contract*, n.º 43 *Col. L. R.*, 629 ss. (1943). Doctrina que con el tiempo ha sido cuestionada y que ha abrazado también el papel de la información en el comportamiento del asegurado, dado que también hay un porcentaje significativo de asegurado que están informados acerca del contenido de los términos del contrato de seguro y, en segundo lugar, actúan racionalmente en aras de maximizar su utilidad sobre la base de esa información. Así, R. Korobkin, *Bounded Rationality, Standard Form Contracts, and Unconscionability*, n.º 70 *U. Chi. L. R.*, 1203 ss. (2003), sobre todo en las págs. 1217 y 1218. Interesante la aproximación que realiza Schwarzc, *A Product Liability Theory, cit.*, pág. 1403, cuando tras criticar la teoría de interpretación de regulación judicial del contenido de las pólizas pone su acento en la dicotomía que en la práctica se produce entre los términos de la póliza de seguro con una clara proyección y focalización hacia el consumidor de seguros, y aquellos otros, más abundantes, con una proyección sin embargo hacia la empresa, el mercado y el negocio asegurador.

Licencia Creative Commons CC BY 4.0

Cómo citar este artículo: Abel Benito Veiga Copo, *Consumidores vulnerables, asimetría informativa e interpretación*, 71 *Vniversitas* (2022), <https://doi.org/10.11144/Javeriana.vj71.cvai>