

Hacia una Europóliza. Los principios de derecho europeo del contrato de seguro* (Primera parte)

ABEL B. VEIGA COPO**

SUMARIO

1. Introducción. Un lento pero inexorable camino
2. La dimensión pública de la actividad aseguradora. La supervisión y el control
3. El contrato de seguro, la dimensión privada del seguro
4. Los Principios de Derecho Europeo de contrato de seguro
5. Perfección y duración del contrato de seguro
6. Conclusión del contrato
7. Cobertura preliminar y retroactiva
8. La póliza de seguro

Fecha de recepción: 13 de Febrero de 2012
Fecha de aceptación: 20 de noviembre de 2012

* El artículo se ajusta a la línea de investigación que el autor desarrolló sobre el tema de los principios europeos del contrato de seguro, la cual se concreta finalmente en la expedición del libro *“Los principios de derecho europeo del contrato de seguro”*, editado por la Pontificia Universidad Javeriana. Es una aproximación a la temática final recogida por su autor en el mencionado libro.

** Profesor Agregado de Derecho Mercantil y Seguro de la Universidad Pontificia Comillas de Madrid - ICADE, licenciado y Doctor en Derecho de la misma universidad. Así mismo cursó los estudios de la Licenciatura en Ciencias Políticas y Sociología en la UNED y ha impartido docencia en las Licenciaturas de ADE, ITM y Derecho tanto en E-1 como E-3 (Derecho del Consumo, Derecho de Banca y Bolsa, Derecho Mercantil I y II y Derecho del Seguro).

Correo electrónico: aveiga@der.up.comillas.es

RESUMEN

El presente artículo nos muestra una visión integral y crítica sobre el desarrollo de los seguros en el continente Europeo, sus características, tendencias y retos, al igual que su dimensión pública y privada. Expone que los principios europeos del contrato de seguro son una posible respuesta a la rigidez de los ordenamientos nacionales toda vez que las fronteras se diluyen y el tráfico jurídico económico se hace más global. Estos principios se configuran como un instrumento compacto, íntegro y opcional que busca implementar las relaciones de seguro en todo el espacio europeo y que harían posible que las entidades aseguradoras proporcionasen sus servicios en todo el mercado interior, basándose en normas uniformes que establecen un elevado estándar de protección para el tomador del seguro.

Palabras clave: Principios, seguro, europeo, internacionalización, regulación, mercado, Europoliza

Palabras clave descriptor: Principios europeos, control público, ámbito privado, contrato de seguro

ABSTRACT

The manuscript shows an integral and critical vision about the development of insurance policies in the European continent, its features, trends and challenges, as well as its private and public dimension. It states that the insurance policy principles of European law are a possible response to the rigidity of national set of laws as borders are diluted and the economic legal traffic becomes a more global one. These principles are configured as a compact, integral and optional instrument seeking to implement the insurance policy relationships across the European area and that would enable insurance companies to provide their services in all the local markets, based on uniform rules that establish a raised standard of protection for the insurance policy subscriber.

Word keys: principles, insurance policy, European, internationalization, regulation, market, Europolicy

Word keys plus: European principles, public control, private scope, insurance policy

1. INTRODUCCIÓN. UN LENTO PERO INEXORABLE CAMINO

El sector asegurador como tantos otros sectores de nuestra economía pero también de las economías occidentales no conoce fronteras, de hecho su implantación en el ámbito comunitario a día de hoy apenas conoce más límites que los estrictamente dimanantes de las soluciones que a distintos problemas prodigan las normas internas *ad hoc* de cada contrato de seguro particular, por lo que las necesidades de armonización son siquiera más acuciantes en la dimensión estrictamente privada o contractual de la actividad aseguradora. Ese es precisamente el último reto de cara a lograr un pleno y a la vez armónico mercado único asegurador. Y es un reto complejo, extremadamente complejo pese a la batería incesante de reglamentos, pero sobre todo Directivas que en estos años han sido promulgados y que de soslayo han ido pretiriendo la parte priva y normativa del contrato¹. Comunitarizar el derecho de seguros es el primer eslabón de una internacionalización ulterior y deseable. Comunitarizar el contrato de seguro, la esfera privada, obligacional aseguraticia es el gran reto. Cómo hacerlo si desde la imposición o desde la disponibilidad de sus normas o cuerpos legales es la opción, inédita, respetuosa con la voluntad de las partes y en las que la libertad de elección es el arquitrabe de todo ese edificio en construcción. A ello responde el

1 Nos ofrece SÁNCHEZ LORENZO, “La actividad aseguradora en el contexto de las libertades comunitarias de establecimiento y de prestación de servicios”, RES, 2009, nº 140, págs. 577 y ss., pág. 578 –tras afirmar como la sujeción de la actividad aseguradora a un régimen específico de libre circulación se explica no tanto por su vinculación a la libre circulación de capitales como por formar parte integrante de un sector de actividad estratégico desde el punto de vista de la política económica y financiera, hace que la liberalización y armonización del sector de seguros se construya esencialmente a través de directivas- un elenco amplísimo del tramado de directivas comunitarias que han configurado este régimen específico de la actividad aseguradora.

reto de los Principios del Derecho Europeo del Contrato de Seguro. La primera piedra angular para construir y hacer posible una europóliza. Y ese ha sido el punto de partida, la radical libertad de elección de un corpus jurídico aplicable. O normas internas propias de cada legislación con su parcela de artículos de derecho internacional para dirimir remisiones y tutelas conflictuales, o adscripción a unos principios que regulen en su integridad el contrato y con eficacia y proyección europea.

La pretensión de un mercado único asegurador es una vieja aspiración de Bruselas que ya constaba en el Libro Blanco de la Comisión sobre el Mercado Interior de 14 de junio de 1985. En él se auspiciaba que las entidades aseguradoras desde la libre competencia y sin discriminación alguna pudieran ejercer su actividad en cualquier país miembro en idénticas condiciones que las nacionales de ese Estado. Para ello debían y todavía deben minimizarse las severas conductas y prácticas conducentes al blindaje de las empresas nacionales cuya exacerbada protección de un mercado propio dulcificaba las reglas de competencia. Pero por otra parte y no menos importante debe fortalecerse la confianza de los ciudadanos comunitarios en ese mercado interior asegurador y esa confianza solo se logra desde la tutela y la protección que garanticen que las aseguradoras son solventes haciendo frente a sus compromisos y además cumplen sus obligaciones legales en cualquier rincón del espacio comunitario. Además han de reforzar la credibilidad y estabilidad del sistema financiero a través de un sector asegurador comunitario que cumple una primordial función dentro del contexto mundial. Es cierto que se ha avanzado pero falta mucho camino por recorrer. Y ese avance ha sido sobre todo en el aspecto más público y administrativo de la actividad aseguradora, esto es, en el aspecto de la supervisión y fiscalización de las entidades aseguradoras que operan en el ámbito comunitario, si bien, esa supervisión no se externaliza tanto en la actividad concreta de la aseguradora como en las condiciones mínimas de idoneidad para el acceso, mantenimiento y extinción que permitan el ejercicio de la actividad aseguradora, o si se prefiere, no es tan aguda en un extremo como en el otro, pues es más fácil controlar los ratios financieros y solventes de una compañía aseguradora actúe donde actúe, que controlar y velar por la estricta y diaria actividad contractual con terceros y máxime cuando es la autoridad supervisora de origen la que fiscaliza la actividad de una aseguradora que ejerce su objeto social en otro Estado de acogida. Las libertades también acarrear a su manera ciertos costes. Y entre esos costes destacar la renuncia en cada país a una labor omnicompreensiva de fiscalización y control a toda aseguradora comunitaria pero no nacional que pretendiese establecerse en su espacio territorial cuando se ha constituido válidamente en su país de origen que por otra parte es Estado miembro de la Unión Europea. Basilea se adapta, se moderniza, exige nuevos compromisos y ratios, pero estos se transponen en la parte pública y administrativa de la supervisión del seguro en cada ordenamiento. Regular la dimensión privada del contrato es harina de otro costal.

La meta solo podía ser una, a saber, lograr el establecimiento de un único control cautelar y financiero de las entidades de seguros, coordinando las distintas normas esenciales de supervisión cautelar y control financiero de la actividad aseguradora, en aras de lograr y establecer la equivalencia y homogeneización entre las distintas legis-

laciones nacionales comunitarias. Y este único control debe o mejor dicho, solo podía ir de la mano de un reconocimiento mutuo de las distintas autorizaciones otorgadas a las aseguradoras por las autoridades de control de cada respectivo país. No es menos cierto que con las normas supervisoras de cada Estado se buscaba de otra parte el efecto tolerado de restringir el acceso al mercado asegurador nacional de empresas foráneas. Como también es cierto que el hecho de que una aseguradora ejerza su actividad en un Estado de acogida en el que se localiza el riesgo provoca, cuando menos, que se debilite el control directo del órgano supervisor del Estado de origen en el que radica la sede social, pero paralelamente provoca también ciertas reticencias y desamparos al menos psicológicos de los contratantes, consumidores de seguros, que ven un obstáculo casi insuperable tener que dirigir sus reclamaciones a un órgano de otro país del que no solo ignoran su regulación normativa sino también su idioma. Estos son los costes, unos entre otros, que provocan la adopción de un modelo de supervisión del seguro concebido para todo el mercado europeo, lo que además significa una relativa desregulación del sector asegurador. Se echa en falta obviamente una mayor coordinación y armonización entre las autoridades de control de los distintos miembros de la Unión, por mucho que en aras de un siempre indefinido *interés general* la autoridad del país de localización del riesgo pueda intimar a una aseguradora comunitaria pero no nacional frente a determinados comportamientos y actuaciones irregulares y, solo en último recurso, pueda adoptar de un modo subsidiario recursos sancionadores. Y es que el grado de armonización en la faceta supervisora por parte de los distintos Estados dista todavía de ser óptima². Nuevos mercados, nuevas modalidades de negocio pero como pilar básico, la protección del consumidor de seguros, demandan una regulación transfronteriza ágil, abierta, dinámica, segura y, sobre todo, solvente.

Analizar un derecho europeo de seguros implica su estudio desde diversos ángulos y enfoques, unos más públicos, económicos y administrativos, otros, en cambio, más atinentes a la dimensión privada y por tanto contractual del seguro. Entre las primeras ha de analizarse el acceso y autorización para realizar tal actividad, así como la supervisión y el control público de las entidades, sus coeficientes y márgenes de solvencia, las garantías financieras, pero también la dimensión de la competencia y las reglas del mercado, la leal y sana libre competencia entre las compañías proclives a pactar determinados acuerdos tanto horizontales como verticales; de otro lado, la intermediación y mediación en la distribución y contratación del contrato de seguro, pieza angular en la contratación y que ha sido objeto de armonización comunitaria; entre las segundas, la necesidad de una Ley de Contrato de Seguro homogeneizada y uniforme en todo el espacio europeo. El trasiego legislativo, no exento de polémicas, ha sido amplio, si bien se ha centrado más en el ámbito público del derecho de se-

2 Como bien señala BATALLER GRAU, "Un mercado europeo del seguro: claves para una revisión", en *Derecho Privado Europeo*, (CÁMARA LAPUENTE (COORD.)), Madrid, 2003, págs. 741-757, 748 si lo que se pretende es construir un mercado único, es requisito *sine qua non* una supervisión homogénea, circunstancia que no se da hoy en día, por lo que las posibilidades de organizar el sistema de supervisión son diversas, pero es necesario superar el estadio de coordinación imperfecta vigente en la actualidad.

guros, y más específicamente en procurar, primero, la libertad de establecimiento, y en un sucesivo momento, avanzar hacia la libre prestación de servicios en aras de la libre circulación, pilar de la Unión Europea y de los tratados constitutivos de ese gran proyecto más económico que político, para armonizar ciertos elementos de distintos contratos de seguro, y finalmente el acceso a un pasaporte único. También interesan y de qué manera toda la normativa en materia de control, supervisión y liquidación de las entidades aseguradoras, pues solo de este modo se atenúan los riesgos de mayor indefensión por parte de los asegurados. No es menos cierto que el proyecto de Directiva sobre contrato de seguro feneció hace casi tres décadas, y con ella también se extinguieron todos los esfuerzos futuros hacia una regulación uniforme del contrato de seguro en todo el espacio económico. Realmente aquel proyecto de Directiva no abarcaba todas las modalidades de seguro, y pese a sus deficiencias suponía sin duda un punto de inflexión prematuro hacia la consolidación de un mercado interior en el sector asegurador. El fracaso de este proyecto en buena medida era tributario de las enormes divergencias que en el ámbito contractual asegurador existía entre los diferentes ordenamientos, donde si cabe, las heterogeneidades son más agudas, sobre todo en materia de derechos y obligaciones de las partes en el contrato, así como en las restricciones a la autonomía de la voluntad en los contratantes, en los ámbitos de cobertura, o por la simple duración del contrato que difiere entre unos Estados y otros como el correlativo derecho de rescisión.

La internacionalización del seguro y sobre todo de la actividad aseguradora ni parten ni tampoco conducen a regulaciones homogéneas, más bien el estancamiento o anclaje del contenido del contrato dentro de las distintas regulaciones, promulgadas generalmente hace décadas, provocan que no se ajusten demasiado bien a las necesidades actuales, a las modernas técnicas de contratación a distancia y, sobre todo, a los viejos códigos civiles. Ello no impide que la homogeneidad se alcance en cambio en los productos asegurativos más recientes, generalmente exportados de otros mercados y ámbitos, y en los que simplemente se copian condicionados o se traducen en su integridad. La diversidad de las regulaciones y de las normativas específicas, añadida a las peculiaridades que presenta el contrato de seguro hacen hartamente complejo la posibilidad de una armonización a nivel europeo. Pero también hay que reseñar que no todo es diferencia y distanciamiento, pues a la larga son más los puntos comunes que los discordantes.

2. LA DIMENSIÓN PÚBLICA DE LA ACTIVIDAD ASEGURADORA. LA SUPERVISIÓN Y EL CONTROL

La dimensión pública de la actividad aseguradora implica la existencia de una cada vez más profusa pero también homogénea regulación de la actividad desde instancias comunitarias. Europa, la construcción europea más allá de la utopía política, solo ha demostrado ser capaz de construirse desde pequeños impulsos. No son pocas ni pequeñas las crisis y las parálisis que han surgido en el devenir europeo en los últimos cincuenta años, pero sin duda, este gran artefacto o constructo económico que al fin de cuentas es lo que es la Unión Europea, avanza firme e inexorablemente hacia ese gran mercado que es. Y dentro de ese gran mercado tiene su cabida como no podía

ser de otra forma uno de los pilares del sistema financiero, el mercado asegurador. La consecución de un mercado único asegurador solo puede llegar a ser efectivo a través de los impulsos armonizadores necesarios para aproximar una heterogénea regulación al acceso, ejercicio y control de la actividad de las aseguradoras, esto es, a través de la coordinación efectiva y racional de la normativa reguladora y ordenadora de las entidades aseguradoras, impulsos que son efectivos desde hace varias décadas y que, si bien de un modo funcional, y de menos a más, han ido armonizando, que no unificando, los distintos derechos del seguro en el espacio europeo, si bien esta armonización ha catalizado en el aspecto más público y administrativo de la regulación, y sin embargo, ha fracasado estrepitosamente al menos hasta el presente en el ámbito privado del derecho de seguros, y más específicamente en la viabilidad de una Directiva de Contrato de Seguro. Desechada esta vía definitivamente, el camino elegido ha sido más modesto pero probablemente más eficiente, elaborar un marco normativo de referencia, unos principios, más etéreos, más abstractos, más genéricos y sin duda más eficaces y viables para ser adoptados.

Pero el camino no ha sido precisamente fácil dado que las libertades comunitarias han ido poco a poco implementándose entre la desconfianza y el desconocimiento, amén del fuerte recelo a perder cuotas de mercado. Décadas han sido necesarias para la supresión progresiva de las restricciones y discriminaciones imperantes e impuestas a la vez a los nacionales de un Estado miembro en el territorio de otro país miembro de la Unión³. El marco jurídico que ampara y regula la actividad aseguradora en el ámbito europeo es fruto de tres generaciones de directivas, tan cautelosas como recelosas, pero que al fin, y desde la máxima apertura a las libertades comunitarias de establecimiento y de libre prestación, han auspiciado la consecución de una licencia o pasaporte único⁴. Pero de otro lado, y no menor, toda la consecución de ese mercado único asegurador no puede hacerse a espaldas de la necesaria tutela y protección jurídica del consumidor de seguros. He aquí donde radica el gran talón de Aquiles de la actividad aseguradora pues sin su protección todo el edificio se desmorona. De ahí la fuerte interdependencia entre la armonización normativa y pública de las entidades aseguradoras en todo el espacio europeo y la realización de contratos de seguro sometidos a distintas y distantes

3 Vid., entre otros muchos las aportaciones de SÁNCHEZ LORENZO, "La actividad aseguradora en el contexto de las libertades comunitarias de establecimiento y de prestación de servicios", cit., pág. 577 y ss., también, FERNÁNDEZ ROZAS, "Comunitarización del derecho internacional privado y derecho aplicable a las obligaciones contractuales", RES, 2009, nº 140, pág. 595 y ss.; una perspectiva más internacional en FUENTES CAMACHO, "Los contratos internacionales de seguros antes y a partir del Reglamento Roma I", RES, 2009, nº 140, pág. 617 y ss.; SÁNCHEZ CALERO, "Consideraciones preliminares sobre el régimen comunitario de los contratos de seguro", RES, 2009, nº 140, pág. 567 y ss.

4 Véase el detallado estudio que sobre las distintas generaciones de Directivas realizan BLANCO-MORALES/CARBONELL, *La actividad aseguradora en el espacio económico europeo*, Madrid, 2002, pág. 28 y ss.; BATTALLER GRAU, "Un mercado europeo del seguro: claves para una revisión", en *Derecho Privado Europeo*, (CÁMARA LAPUENTE (coord.)), Madrid, 2003, págs. 741-757, 743 y ss.

regulaciones, y por tanto sujetas a las particulares normas de conflicto que cada país tenga o tuviere a bien establecer.

Dentro de estos primeros impulsos hemos de situar una primera hornada de Directivas relativas al seguro que configuraron un tanto a su antojo la libertad de establecimiento, una libertad que en todo caso sería controlada y autorizada por los Estados que acogían el establecimiento de una aseguradora de otro estado miembro. Y la razón era clara, las legislaciones nacionales de los distintos Estados miembros de la otrora CEE no invitaban al optimismo en materia de protección al asegurado y en materia de ratios de solvencia. Es cierto que con las primeras Directivas se avanzó hacia una mayor colaboración entre los regímenes de control de las autoridades encargadas de la supervisión y el control, pero al mismo tiempo se profundizó en una mayor dinamización en los seguros de vida, procediéndose además a una dualidad entre seguros de vida y seguros distintos del de vida, y se relativizaron y eliminaron todas las discriminaciones por razón de nacionalidad de las aseguradoras siempre que su sede social radicase en un país miembro de la CEE⁵. El Estado donde la aseguradora, constituida conforme a otro ordenamiento, pretendía ahora establecerse para ejercer su actividad era el único competente para conceder o no autorización, eso sí, con carácter reglado, en su territorio nacional así como para fiscalizar la íntegra observación de los ratios de solvencia, provisiones técnicas y demás garantías financieras. Márgenes de solvencia que se sumaban además a las reservas y provisiones técnicas, que en todo caso estaban armonizadas parcialmente.

En una segunda tanda de Directivas se habilita el logro de la libre prestación de servicios y se dulcifican ciertas premisas de las primeras directivas. La autoridad de control sigue siendo la del país de establecimiento y no la de origen, pero sí se avanza en el ámbito de los seguros no de vida que cubran grandes riesgos para lo que no se exige autorización del estado de la prestación cuando se actúe en régimen de libre prestación de servicios. Para los riesgos de masa el arquetipo sigue siendo el de autorización previa del país de acogida así como por el control del país de la prestación en el que se localiza el riesgo. No obstante en los seguros no de vida se excluyó de su ámbito el ramo del automóvil que a partir de ese momento se regiría por sus propias Directivas más avanzadas y dinámicas de un lado, y de otro, más fácilmente transponibles dada su mayor homogeneidad respecto a su cobertura en todos y cada uno de los Estados miembros. De otra parte las aseguradoras extracomunitarias que operen en el ámbito de la Unión a través de una sucursal se regirán a partir de estas Directivas de finales de los ochenta por idéntico régimen al de la libre prestación de servicios siempre que perfeccionen coberturas de grandes riesgos, en cambio cuando lo que aseguren son riesgos o seguros de masa la aplicación de ese régimen será parcial, permitiéndose siempre que la entidad aseguradora estuviese autorizada en el estado donde radique la sede social.

5 En parecidos términos PÉREZ CARRILLO, "Derecho privado europeo y seguro", *Estudios de derecho mercantil europeo*, (PÉREZ CARRILLO (COORD.)), Madrid, 2005, pág. 247 y ss., pág. 250.

Como novedad, estas segundas Directivas configuraron una libre prestación de servicios activa y pasiva, esto es, en función de si la iniciativa de la contratación era del asegurador o del propio tomador, en cuyo caso, la pasiva, se aplicaría el régimen de libre prestación de servicios. La *ratio* de tal limitación seguía estribando en la carencia de una armonización mínima de las legislaciones internas entre los distintos países y la necesaria tutela y protección de los asegurados, quienes ante el desconocimiento de la normativa del país donde se había constituido la entidad aseguradora se veían mejor protegidos si la normativa a aplicar en la connacional. Los controles por tanto diferían, de modo que aquellos consumidores o usuarios que necesitan de una mayor tutela veían sometido su contrato de seguro a la regulación y al control y supervisión por parte del Estado donde residen, en cambio para otros asegurados no merecedores de tamaña protección que celebraban un contrato con una aseguradora comunitaria pero no nacional veían que la normativa y el control sobre la entidad aseguradora era del Estado de la sede social de aquella, pero no de las autoridades connacionales, de tal modo que estas únicamente recibían datos sobre la solvencia, garantías financieras así como de los concretos ramos en estaban autorizadas para operar.

Son muchos los hitos que han ido jalonando este largo proceso que por el momento ha desembocado en una suerte de mercado único asegurador, pero no en un unificado contrato de seguro que rija en el espacio económico europeo.

En el momento actual, la actividad aseguradora en el ámbito europeo puede llevarse a cabo por las aseguradoras bien estableciéndose directamente y sin más control que el de su autoridad de origen, bien a través del régimen de libre prestación, donde el anclaje de la entidad aseguradora en el país de destino o de localización del riesgo es más superfluo, y en todo caso, carece de una estructura permanente, actuando bien directamente desde su sede social bien a través de representantes. Y si el anclaje fijo de una determinada estructura radicada en otro Estado miembro puede darnos la pauta para distinguir o diferenciar las dos libertades, estas han de completarse además teniendo en cuenta que la de carácter temporal de la prestación de servicios deberá apreciarse en función de la duración, frecuencia, periodicidad y continuidad de la misma (véase la STJCE, Asunto Gebhard). Recordemos que con las terceras Directivas es factible que una entidad aseguradora actúe simultáneamente en un mismo Estado en régimen de establecimiento y en régimen de libre prestación de servicios. En estos casos, una sucursal podrá actuar como infraestructura de soporte para garantizar la prestación de servicios.

Ciertamente la línea divisoria entre las formas de actividad ejercida directamente a través del establecimiento y la ejercida a través de un régimen de libre prestación no es químicamente pura, más bien puede prodigarse a cierta confusión. A través de la libertad de establecimiento una aseguradora podrá crear en cualesquiera Estado miembro un establecimiento principal o una sucursal, una agencia o filial, recibiendo exactamente el mismo trato que si de una aseguradora nacional del país se tratare. La aseguradora a través de una sucursal o un establecimiento principal normalmente se establece con

carácter cuasidefinitivo en el país de destino⁶. Establecerse a título principal implica la creación o participación en la constitución de una empresa que ejercerá una actividad concreta, en nuestro caso, la aseguraticia. Establecerse a través de una sucursal o a título secundario significa que la aseguradora creará en el Estado de destino un establecimiento dependiente. En cambio en el régimen de libre prestación la temporalidad u ocasionalidad es la nota delimitadora, lo cual no es óbice para que por ejemplo el intermediario que distribuye los productos aseguraticios o la misma entidad que contrata en el extranjero se dote de una mínima y necesaria infraestructura en el Estado miembro que la acoge⁷. Se consideran “servicios” según el Tribunal de Justicia de las Comunidades las prestaciones ofrecidas contra remuneración en la medida en que no resulten aplicables las disposiciones relativas a la libre circulación de mercancías, capitales y personas (sentencias de 4 de diciembre de 1986). La libre prestación de servicios permite a una entidad aseguradora realizar su actividad u objeto sin necesidad de dotarse de un establecimiento, un anclaje en el Estado de destino⁸. Frente a la permanencia propia del establecimiento, la libre prestación de servicios se caracteriza por su temporalidad, temporalidad que se aprecia en función de la duración de la prestación, su frecuencia, periodicidad y continuidad. Ello no impide que la libre prestación suela conllevar un desplazamiento del prestador o del destinatario, aunque no por ello será obligatorio.

Será con las terceras Directivas de seguro cuando de un lado se complete el proceso de armonización de legislaciones con los instrumentos comunitarios imprescindibles para permitir que todo asegurado, con independencia de su condición cualitativa y económica, pueda perfeccionar un contrato de seguro con cualesquiera compañía aseguradora comunitaria que desee, y de otro lado, se instaure definitivamente el sistema de licencia única que permite y habilita a las entidades aseguradoras para ejercer y prestar su actividad en todo el espacio europeo, tanto en régimen de establecimiento como de libre prestación de servicios. Y es precisamente con estas terceras Directivas cuando el establecimiento del Mercado Interior se hace una realidad. Con ello se diluyen de una vez por todas las rémoras y las barreras tanto políticas como económicas en la comercialización del seguro. Cualquier tomador de un seguro con independencia de su condición económica puede contratar un seguro con cualesquiera aseguradoras comunitarias dado que estas están habilitadas para operar en todo el espacio económico europeo sin traba alguna. A través de esta licencia o pasaporte comunitario será el estado de la sede social de la aseguradora quien conceda la autorización administrativa

6 El Tribunal de Justicia de las Comunidades señala en la sentencia de 30 de noviembre de 1995, Asunto 55/94: Gebhard que el carácter temporal de la prestación del servicio se determinará en función de la duración de la prestación, de su frecuencia, periodicidad y continuidad de la misma.

7 Señala BATTALLER GRAU, “Un mercado europeo del seguro: claves para una revisión”, cit., pág. 744 la no presencia de un anclaje definitivo demuestre, de entrada, que se trate de una situación sujeta al derecho de establecimiento.

8 Como bien indica BLANCO-MORALES/CARBONELL, *La actividad aseguradora*, cit., pág. 29 por definición, todos los seguros celebrados en régimen de libre prestación de servicios son seguros internacionales.

y asuma el control y supervisión de la entidad aseguradora. De este modo una entidad aseguradora constituida y autorizada en un Estado miembro podrá llevar a cabo su actividad en toda la Unión Europea tanto en régimen de derecho de establecimiento como en régimen de libre prestación. Las barreras nacionales se diluyen en ese gran ámbito que es un único mercado asegurador al menos en sus aspectos públicos y fiscalizadores. En suma, el principio comunitario de reconocimiento mutuo es llevado a sus últimas consecuencias, en este caso respecto a las actividades de autorización, control y fiscalización de las autoridades nacionales del ámbito asegurador. Por otra parte no hay que olvidar el enorme avance que supuso la Directiva 91/674/CEE encargada de coordinar en materia contable las cuentas anuales y cuentas consolidables de las aseguradoras. Así las cosas si una aseguradora española que cuenta con una autorización válida para operar en todo el espacio europeo quiera abrir una sucursal en otro Estado miembro lo notificará a la Dirección General de Seguros (DGS), acompañando a tal notificación información sobre el Estado miembro donde pretende establecerse, el programa de actividades, el nombre del apoderado general de la sucursal y la dirección en la que se le podrán reclamar y entregar documentos. Acompañará a su vez información financiera acreditando entre otros extremos que dispone del mínimo del margen de solvencia legalmente exigible. La DGS comunicará la información relativa a la apertura de la sucursal a las autoridades competentes del Estado de destino. La aseguradora española con sucursal en otro estado miembro del Espacio europeo deberá informar a la DGS de su actividad, y lo hará de modo separado para cada ramo y para cada Estado miembro. A su vez cuando una aseguradora comunitaria quiera abrir sucursal en nuestro país el protagonismo recae en las autoridades de control del Estado de origen que comunicará tal contingencia a la DGS. Esta que dispone de la información ya señalada cuando el proceso es a la inversa dispone del plazo de dos meses para notificar a las autoridades de control del estado de origen, las normas que, basadas en el interés general, han de ser respetadas por la sucursal. La situación cambia cuando una aseguradora extracomunitaria pretende establecerse en nuestro país. En este caso, el carácter reglada pierde fuerza en detrimento de la actuación discrecional del Ministerio de Economía. La aseguradora que pretenda abrir una sucursal en España ha de estar autorizada en su país de origen para operar en los ramos que pretende negociar en España con una antelación de al menos cinco años. Deberá constar de domicilio permanente en nuestro país y conservar en él la contabilidad y la documentación atinente a toda su actividad. Asimismo la autorización de la sucursal requiere unos requisitos más drásticos pues se le obliga a que aporte y mantenga en España un fondo permanente en cuantía no inferior al capital social que se exige a las aseguradoras españolas cuando se constituyen. Lo mismo sucede con el fondo de garantía, exigiéndosele una cantidad no inferior al mínimo exigido para las aseguradoras españolas, depositando la cuarta parte del mismo como caución.

Ahora si bien es cierto que el salto cualitativo es considerable, esto no significa una absoluta claudicación o abdicación en el control y supervisión de las autoridades del Estado miembro de acogida o de localización del riesgo tanto para el establecimiento como para la prestación de la actividad pudiendo señalar una serie de límites. En efecto, y si a priori el Estado donde radica la sede del asegurador es

el competente para autorizar, controlar y supervisar a la aseguradora, no implica una desafección total del control por los organismos competentes del Estado de acogida en los que se localiza el riesgo, en los que si bien su control sufre una serie de aletargamiento o postergación, este se reactivará siempre y cuando se base en el interés general, concepto esté indeterminado y ambiguo donde los haya. Ninguna Directiva y escasamente ninguna ley de ningún país definen lo que debe y ha de entenderse por interés general y sin embargo, este se acaba convirtiendo en una noción central para el ejercicio de la actividad aseguradora. El legislador comunitario no ha renunciado a imponer unas mínimas excepciones al régimen de licencia única o pasaporte comunitario, parapetadas tras ambigua expresión de interés general. Solo de este modo podrán a la postre tratar de imponer el cumplimiento de su propia normativa cuando una aseguradora comunitaria se extralimite en su actividad. Como bien se ha señalado ante la falta de definición en las Directivas del concepto de interés general, la Comisión Europea además de configurarlo como una excepción a los principios comunitarios en el ámbito de libre circulación y por tanto interpretable restrictivamente, ha señalado una serie de requisitos mínimos pero cumulativos que deben respetarse antes de que se pueda recurrir al expediente del interés general, a saber, la medida no debe haber sido objeto de una armonización comunitaria, ni ser discriminatoria, debiendo justificarse por una razón extrema de interés general, pero además ha de ser objetivamente necesaria y proporcional al objetivo buscado, y si es preciso, que el interés general no esté salvaguardado por las disposiciones a las que esté ya sujeto el proveedor de servicios en el Estado miembro en el que está establecido⁹. Y será en base a ese interés general lo que permita que las autoridades de control del Estado de acogida puedan apercibir de una determinada conducta a la entidad aseguradora ante un manifiesto incumplimiento de las normas. Si esta no adopta las medidas pertinentes el estado miembro de acogida informará al estado de origen para que adopte las medidas propicias para que la empresa ponga fin a su actuación irregular. En caso de persistencia en una situación de irregularidad por parte de la aseguradora el estado de acogida podrá adoptar informando a los órganos de control del estado de origen medidas más expeditivas y en caso de urgencia impedir que la aseguradora perfeccione más contratos¹⁰.

Con todo hemos de señalar que la dinamización que suponen las directivas no ha cesado en estos años, dado que en el momento actual ya existen directivas de cuarta y quinta generación, que se han encargado tanto de avanzar hacia una mayor armonización en el sector de los seguros de vehículos a motor, como de refundir las anteriores directivas de seguros de vida en una más clara y dinámica.

9 Véase al respecto la comunicación interpretativa de la Comisión (2000/C 43/03) sobre libre prestación de servicios e interés general en el sector de seguros. Conforme entre otros, PÉREZ CARRILLO, "Derecho privado europeo y el seguro", cit., pág. 252; también BATALLER GRAU, "Un mercado europeo del seguro", cit., pág. 747.

10 En cierto sentido el interés general constituye una excepción a los principios fundamentales del Tratado en materia de libre circulación y, en consecuencia, deben interpretarse restrictivamente. Cfr. BATALLER GRAU, cit., pág. 747.

3. EL CONTRATO DE SEGURO, LA DIMENSIÓN PRIVADA DEL SEGURO

Sin duda una de las grandes dificultades con las que tropieza el mercado asegurador a nivel europeo, aunque también a nivel internacional, es con las ineficiencias que generan las distintas y dispares normativas que a nivel contractual existen a la hora de regular el contrato de seguro entre los distintos miembros de la Unión. No es este un debate nuevo, sino que arrostra dificultades y expectativas a la vez. Máxime tras las reformas tanto de Roma I como Roma II y la particular posición del contrato de seguro. La regulación del contrato de seguro ciertamente tiene puntos en común entre las diferentes normativas pero todavía son muchos los apartados que chirrían y que adoptan soluciones radicalmente distintas. No por menos recurrente es el tema de la unificación del derecho privado europeo un clásico, como lo es también predicar la unificación del derecho de obligaciones dentro de las fronteras de cada país, situación que en nuestro país existe únicamente en el campo del contrato de seguro, pero no en el restante derecho de obligaciones. O la propia responsabilidad civil donde no han faltado libros blancos. Y si malamente somos capaces de dotarnos a nivel interno de una única normativa peor lo es a nivel europeo aunque no por ello imposible. La copiosísima regulación comunitaria sobre los aspectos más administrativos y públicos contrasta con el raquitismo y práctica inexistencia de una regulación comunitaria en el ámbito del contrato de seguro.

Es hora pues de emprender una tarea de racionalización y adaptación del contrato de seguro y especialmente su regulación jurídica a las nuevas exigencias del mercado en pro de su mayor eficacia y eficiencia. Y para ello ha de empezarse primeramente por nuestra propia Ley del Contrato de Seguro dado que muchas cosas han cambiado en estos ya más de treinta años desde su promulgación en 1980, algunas para bien y otras sin que realmente se sepa bien hacia dónde. Y aunque los vientos de reforma se han plasmado en un anteproyecto de ley en 2010 este no pasa de ser un vacío y estéril maquillaje. La actividad asegurada es inconcebible en los parámetros diseñados por la vieja norma si no se tiene en cuenta, entre otros, el espacio económico europeo, pese a las oportunas reformas y readaptaciones llevadas a cabo sobre todo a través de distintas y consecutivas armonizaciones de Directivas que en todo caso son insuficientes y parciales si lo que se pretende es lograr un mercado único asegurador en plenitud. Avanzamos y nos consolidamos a paso firme hacia un mercado único asegurador verdaderamente integrador, quizá no tanto desde luego hacia una Europa política, y en la que la armonización de las diferentes legislaciones es una premisa básica e ineludible, y cómo no, también lo son las leyes sobre el contrato de seguro, sin olvidar el fracaso a fines de los años setenta de una Directiva específica sobre contrato de seguro. Proyecto últimamente no tan olvidado y necesitado de nuevo impulso pese a todos los recelos y tachaduras de intrusión que a buen seguro muchos prodigarán enfervorizadamente.

La internacionalización está llamando a la vuelta de la esquina y pronto será una realidad en el contrato de seguro si no lo es ya, no solo en los grandes riesgos, sino también en los miles por no decir millones de pequeños contratos de seguro que los

ciudadanos van tejiendo y celebrando a lo largo de su vida y en los lugares más próximos o más remotos. Las empresas de seguro se expanden, se deslocalizan y llegan a cualquier rincón comunitario o no, sea de forma física o virtual, y con ellas llegan los contratos, ingentes masas de contratos.

Los nuevos mercados, la apertura supranacional y su interdependencia, la eclosión de nuevos riesgos y toda una revolución en las técnicas de comunicación más ágiles y dinámicas a la par que una profunda desintermediación en los tradicionales pero también nuevos canales de distribución de bienes y servicios requieren unas normas jurídicas capaces de satisfacer y dar acertada y cumplida respuesta a tamañas exigencias. De su éxito o de su no reforma depende en buena medida el futuro del contrato de seguro. Y esta necesidad es común para todos y cada uno de los Estados miembros de la Unión Europea que deben procurar sino una unificación de regímenes sí al menos una convergencia real entre los sistemas jurídicos connacionales que preserven la estabilidad de un mercado único. Las actuales disciplinas jurídicas del contrato de seguro en los distintos Estados miembros de la Unión Europea no deben permanecer inermes ante tamaños retos, tampoco rehenes o cautivos de las intereses nacionales que lejos de aproximarlos, los estancan. Pensemos por un momento y solo entre los países de la Unión Europea las enormes diferencias que existen por ejemplo en la fijación del término de duración del contrato de seguro. Es cierto que este extremo en no pocas ocasiones es fruto de la modalidad de aseguramiento ante la que las partes se enfrentan y de las regulaciones de cada país, pero de lo que no cabe duda es que en el ámbito comunitario no existe hoy en día una sintonía en cuanto al *maximun* o al *minimum* temporal de un contrato de seguro. Para unos países la duración la marcan las concretas leyes del seguro, en otros, viene marcado por la “voluntad” de las partes, o por mejor decir, de la entidad aseguradora. Prima por tanto lo dispar, cuando no, una excesiva influencia de los condicionados redactados e impuestos por cada aseguradora que en todo caso merman la libertad contractual. Y los ejemplos se multiplican, pensemos así en las distintas medidas restrictivas que constriñen la libertad contractual en determinadas leyes del seguro nacionales. En no todos los Estados la libertad de pactos es configurada de un modo tan amplio como en el nuestro, sirva como botón de muestra la Ley de Seguros de Consumo de Suecia donde la protección al asegurado consumidor es llevada al paroxismo al obligar a la aseguradora a contratar un seguro cuando se le presentan solicitudes de seguro en concretos ramos y concretas coberturas que son las más usuales de un consumidor. La erosión de la necesaria bilateralidad no quiebra por la imposición o predisposición de una aseguradora, sino por voluntas legis que ampara y protege al asegurado de manera ciertamente excesiva en este caso.

En nuestros días y en nuestras opulentas sociedades el seguro lo cubre todo, lo abarca todo e incluso se puede afirmar que lo devora todo, es, paralelamente, un factor extraordinario de transformación de riesgos, trasladándolos a quien está dispuesto a asumirlos, *recte*, a comprarlos, a cambio de una contraprestación, y con ello, tanto directa como indirectamente se fomenta el desarrollo y crecimiento económico de un país y, a la par, el de todo el espacio europeo. El mercado asegurador nacional y

comunitario del que la dimensión privada del contrato de seguro de una u otra forma es parte, simplemente es uno de los pilares del sistema financiero, pero un pilar fundamental. Nada se desgaja ni tiene sentido al margen de su configuración, ni sus aspectos más públicos o administrativos ni menos su dimensión meramente privativa y reguladora de las relaciones jurídicas entre aseguradoras y tomadores de seguro, en tanto *dominus negotii*. El engarce es perfecto pero siempre que se entienda en un sentido holístico; sin embargo, donde más se ha avanzado son en los aspectos públicos y de control de la actividad aseguradora.

De otra parte, las técnicas de contratación, sobre todo, las de contratación a distancia han conocido un cambio tan impensable como vertiginoso y las Leyes del Seguro de los distintos miembros del espacio europeo no pueden dar la espalda negándose a incorporar ya tales contingencias. Probablemente la contratación a distancia se está convirtiendo en el mejor revulsivo para la integración del mercado asegurador a nivel europeo. El papel puede ser una rémora solo cuando se convierte en una servidumbre, pero no cuando hay un sustitutivo o bien existen técnicas que lo sustituyan con igual o incluso superior certeza. Es cierto que el aspecto y peso psicológico del que goza la posesión escrita de una póliza con su condicionado tiene difícil parangón con su disponibilidad por vía electrónica o telemática, y por supuesto la cuestión cambia diametralmente en caso de una contratación telefónica. Pero por el camino todavía quedan las absurdas rémoras de considerar el contrato de seguro como formal, o por mejor decir, supeditar la perfección del mismo a la emisión efectiva de la póliza, sobre todo si esta se entiende y emite única y exclusivamente del modo tradicional. Algo que hoy no casa con las modernas y dinámicas características de la contratación a distancia.

No tiene por tanto demasiado sentido la necesidad de formalización escrita del contrato de seguro así como sus modificaciones salvo por su constancia probatoria de primer orden, pero nada más, una constancia que nada perjudica su ejecución por medios telemáticos. No confundamos la esencia con la circunstancia. Y este es un problema que afecta y atañe a todas las legislaciones nacionales de la Unión Europea. Lo que meramente ha de ser probatorio jamás puede ni debe alcanzar la cualidad de esencial o *ad solemnitatem*. Afortunadamente en los últimos años se ha ido avanzando en esta posibilidad de contratación. Sí es un acierto, en todo caso, la extensión a los seguros de daños del derecho de abandono unilateral o arrepentimiento por parte del asegurado una vez perfeccionado el contrato, primero, por coherencia en lo que es el régimen jurídico que tutela a los consumidores sobre todo en la contratación a distancia, y segundo, porque no existía ninguna ratio que excluyese semejante derecho en sede de seguro de daños.

4. LOS PRINCIPIOS DE DERECHO EUROPEO DE CONTRATO DE SEGURO

Fracasados los intentos de proyectar una armonización del contrato de seguro privado a través de Directivas y reglamentos, tarea tan hercúlea como ambiciosa, pero que ha chocado con muros insondables, el camino elegido ha sido el de elaborar unas reglas marco, unos principios uniformes, unos instrumentos jurídicos completos que desde la radical autonomía de la voluntad de las partes puedan ser elegidos como corpus de aplicación y regulación a una relación jurídica de seguro. Los principios se configuran como un instrumento compacto, íntegro y opcional. Han sido preparados como un instrumento alternativo y opcional que permita a los aseguradores y tomadores del seguro elegir estos principios en lugar del derecho nacional del contrato de seguro, incluyendo el derecho imperativo, siendo este un escollo no menor. La adopción de los Principios de derecho europeo del contrato de seguro que jugarían e implementarían las relaciones de seguro en todo el espacio europeo y que harían posible que las entidades aseguradoras proporcionasen sus servicios en todo el mercado interior, basándose en normas uniformes que establecen un elevado estándar de protección para el tomador del seguro. Los ciudadanos europeos tendrían acceso a productos aseguradores extranjeros, pero un acceso tuitivo, amparador y sin merma de sus derechos como consumidores de seguro. Camino este convergente y paralelo al de las Directivas pero con un anclaje diferente, la libertad como motor de los mismos, libertad de opción para aplicarlos o no. El instrumento opcional otorgaría así una relevante contribución al funcionamiento del mercado interior asegurador.

Los mismos se han estructurado en cuatro partes, una primera atinente a las disposiciones generales aplicables a todos los contratos incluidos en el ámbito de aplicación de los principios y en los que se pergeñará la parte general del contrato de seguro, teniendo como hilo conductor la protección del asegurado, el conocimiento de lo que contrata, las formalidades, garantías, etc., de modo que el énfasis recaerá tal y como hacen las partes generales de las leyes de seguro nacional en aspectos tales como: deberes de información precontractual, conclusión del contrato, coberturas, póliza, duración del contrato de seguro, deberes de información poscontractual, riesgo, prima y siniestro. Una segunda parte recoger las disposiciones generales aplicables a todos los seguros indemnizatorios, y en los que se regula la suma asegurada, el valor asegurado, el derecho a la indemnización, la subrogación, el papel del tomador y del asegurado en los seguros indemnizatorios, el riesgo asegurado. Y finalmente en la tercera y cuarta parte se abordará, y nunca mejor empleado el futuro dado que todavía no se ha publicado la elaboración detallada de estos apartados, los aspectos generales de los seguros de sumas en la tercera y las disposiciones especiales para los seguros en particular en la cuarta parte.

Inicia la primera parte de este corpus principal con unas disposiciones preliminares que tiene por función situar el ámbito sustantivo de los propios principios, su ámbito de aplicación en definitiva. Y la vocación de los mismos es generalista, los principios se aplicarán a todos los seguros privados en general, incluidos también los seguros mutuales.

No puede ser más clara su vocación holística y evitadora de segregaciones absurdas cuando la filosofía del seguro es común en definitiva con los mutuales. Pero sin duda el artículo principal de estas preliminares es el de la aplicación integral y absoluta de los principios como un todo, como un bloque cerrado y armónico, exclusivo y excluyente, cuando las partes elijan u opten por su efectiva aplicación. Así las cosas, serán estas las que dentro de su libertad de elección y disposición acuerden acogerse al corpus regulatorio de los principios, cuyo único límite a este *ius eligendi* vendrá en su caso por las restricciones que a la ley aplicable pueda marcar, en su caso, el derecho internacional privado. Acogerse al régimen de los principios es acogerse a todas sus disposiciones regulatorias, no pueden excluirse artículos o disposiciones. Son y forman un todo cerrado que se aplica e interpreta en consonancia.

Se conjuga el carácter optativo de los principios con la imperatividad de los mismos toda vez que los mismos sean elegidos como marco normativo de aplicación por las partes del contrato. Los principios se configuran como un instrumento compacto, íntegro y opcional. Preparados como ya hemos señalado, como un instrumento alternativo y opcional que permita a los aseguradores y tomadores del seguro elegir estos principios en lugar del derecho nacional del contrato de seguro.

No obstante y pese al dictado preceptivo del articulado de los principios se tolera cierta disponibilidad o inaplicación de alguna disposición de los mismos siempre que su no aplicación no vaya en detrimento del tomador, del asegurado o del beneficiario. Así las cosas, la no aplicación de algunas disposiciones de los principios lleva como subyacente de admisibilidad el beneficio de las partes del contrato, eso sí, siempre y cuando respondan a una determinada patología o clase de seguro que específicamente se enumera en el artículo 1:103 apartado (2) con un anexo en el que se recogen sucintamente los ramos de seguro. Sí deberían haber sido más cauta la redacción de este apartado o al menos ser más claro a la hora de señalar los hipotéticos beneficios que irrogarían las excepciones de aplicación de los principios. Marcar a modo de prontuario esta permisividad después de exigir en el artículo precedente la imperatividad y aplicación en bloque de todos los principios no es la mejor de las técnicas regulatorias.

Cierran estas preliminares dos artículos que apelan uno a la interpretación de los propios principios y el otro a la sinergia derecho nacional versus principios generales. Respecto al primero, la enunciación sobre la interpretación de los principios no deja de ser generalista. Así, se expresa elocuentemente que estos principios han de ser interpretados teniendo en cuenta su tenor literal, su contexto, finalidad y trasfondo comparativo. Y ello con una ratio en principio razonable, la necesidad de promover la buena fe dentro del mercado asegurador, la seguridad jurídica en las relaciones contractuales, la uniformidad de aplicación y la adecuada protección de los tomadores de seguros. Huelga señalar el marcado acento generalista, enunciativo y hasta cierto punto exceso paternalista del artículo en cuestión. Difícilmente cabría otra interpretación, *–recte ¿por qué interpretar si todo es claro debería serlo máxime cuando se trata de un prontuario imperativo de aplicación?–*, que no respetase la

literalidad de los principios, el propio marco o contexto en el que se sitúan así como la finalidad de los mismos que en última instancia son el marco rector que los inspiran. Se entiende menos esa apelación ambigua hacia un trasfondo comparativo, pues ¿acaso hay que compararlos con la legislación nacional toda vez que las partes libremente han decidido acogerse o implementar los mismos? Acaso se está sugiriendo cierta imposición o cercenamiento de libertad por parte de las aseguradoras al hacerse mayor énfasis en su redacción a esa buena fe contractual con un absurdo e irrelevante apelación al mercado asegurador, pues donde si no se desarrollará esa buena fe o se exigirá en su defecto, así como a la seguridad jurídica y uniformidad de aplicación. Finalmente no se comprende demasiado bien el dictado del artículo 1: 105 en el que se trata de conciliar el derecho nacional como los principios generales. En efecto, si hay que partir del axioma nuevamente de la imperatividad de los principios y de la libertad de elegirlos o no, no cabe que una vez elegida esta vía regulatoria y normativa de los mismos se acuda al derecho nacional para restringir o complementar los principios. Más grave la restricción, pues en ese caso, todo indica que se cercenan derechos o libertades, que la propia complementación de los principios que sin duda aduciría sus lagunas y vacíos regulatorios, algo que no se correspondería con una mínima, sensata y depurada técnica legislativa ni tampoco coherencia por parte de quienes los elaboran. Sería impensable que los principios que parten de las realidades legislativas nacionales de los contratos de seguro no fueren completos per se, aún conciliando ordenamientos jurídicos de suyo incompatibles en algunos, escasos, pero existentes extremos. De nuevo los principios claudican de sí mismo y permiten cum grano solis la excepción aplicativa de la legislación nacional imperativa cuando esté concebida especialmente para ramos de seguros que no estén cubiertos por las reglas contenidas en los propios principios. Explícate esta excepción de la excepción en que dos artículos antes los principios mismos permitieron la excepción de aplicación de disposiciones siempre que no vayan en detrimento del tomador, del asegurado o del beneficiario, quién no es parte de la relación contractual, que todo hay que decirlo. Cierra esta elipsis en todo caso mal redactada y peor explicada la previsión de lagunas o cuestiones que no estén expresamente resueltas en los principios para lo que, sin empacho y con cierto desenfado, se nos diga que los mismos deberán resolverse de conformidad con los Principios de Derecho Contractual Europeo, y en ausencia de normas relevantes en los mismos, de acuerdo con los principios generales comunes al derecho de los Estados miembros. Apartado este artículo 1: 105 que no deja de ser un recurrente y viciado recurso a genéricos principios que combinan brindis al sol. No se comprende demasiado bien el empeño en remitirse a otros principios, máxime no vigentes también y, en su defecto a los generales al derecho de los Estados miembros. No se trata de aplicación de principios generales de derecho nacional de seguros, si no de las propias y específicas normas regulatorias del seguro que existen en cada derecho nacional y del que se están tratando de elaborar estos principios habida cuenta del fracaso e imposibilidad de tratar de armonizarlos vía directivas. ¿Acaso los principios, o esos hipotéticos principios del derecho de contrato de seguro nacional difieren en unos u otros países?, ¿no estamos ante un magma común que se refleja en la idiosincrasia de cada regulación nacional del seguro?

Sin duda estas disposiciones preliminares les falta la fuerza de una mayor y decidida imperatividad así como deseo o énfasis en crear y ofrecer un corpus completo, cerrado, pero sobre todo útil sin necesidad a remisiones ni a implícitos e hipotéticos beneficios de tomadores, asegurados y beneficiarios que no entendemos por qué se incluye a estos últimos, en acudir en detrimento del corpus normativo que se propone a sus propias normativas nacionales. Si el punto de partida de estos principios son las regulaciones de seguro nacionales, cuantos menos atajos se dejen a la desviación de los principios mejor, aun conscientes de las enormes dificultades y retos que supone armonizar tantas regulaciones eso sí no tan diferentes.

A continuación y dentro de la primera parte, los principios abordan en su sección segunda la parte general del contrato de seguro. Toma como punto de partida la elaboración de un concepto de contrato de seguro, así como de las grandes categorías, institutos y elementos objetivos y subjetivos que participan en el contrato. Se elabora un catálogo, más bien decálogo de definiciones de términos y expresiones que jalonan el contrato de seguro y se hace a modo de prontuario con afán unificador y al tiempo esclarecedor. Así en un primer momento se definen términos como contrato de seguro, siniestro, seguro de daños y seguro de sumas y a continuación una batería de vocablos subjetivos y atinentes a la dimensión temporal del contrato. Entre los que están los términos asegurado, beneficiario, persona en riesgo, víctima, agente de seguros, prima, período contractual, periodo asegurado y periodo de responsabilidad. Adviértase que no se define la figura del tomador si bien sí se incluye el término en la definición que se prodiga para contrato de seguro. Definiciones parcas, a veces extremadamente parcas y sencillas, que buscan una claridad interpretativa y sobre todo comprensiva. Cuestión distinta es que lo consiga. Circunscribe el término asegurado para los seguros de daños, dado que la define como persona cuyo interés es protegido contra daños por contrato de seguro de daños. En cambio conceptúa “persona en riesgo” como la persona sobre cuya vida, salud, integridad o estatus es suscrito un seguro. ¿Implica también que es titular del interés asegurado?, ¿qué se quiere decir o en qué tipología de seguros está pensando cuando el estatus es causa de ese contrato? Adolece este artículo definitorio de otras expresiones y de la necesaria claridad en el ámbito de los sujetos que participan en el contrato. Sí especifica y acierta al menos en la intención al diversificar en tres categorías la expresión periodo, elemento importantísimo en la relación contractual y que alude al ámbito o dimensión temporal del seguro, sea en su parte contractual perfecta como sobre todo, en la vigencia material efectiva de cobertura y garantía, máxime en los complejos seguros de responsabilidad civil en los que no queda claro en los ordenamientos qué es siniestro y desde cuándo se ha producido así como su cotejo con la descripción y delimitación del riesgo temporal del seguro. Distingue entre periodo contractual, asegurado y de responsabilidad. Uno vocacionado hacia los elementos obligacionales y de eficacia del contrato per se, perfección del mismo y término, el segundo, el periodo asegurado referido al interin dentro del cual se debe la prima, lo que de suyo aboca a la entrada en eficacia del propio contrato, siendo la regla y disponiendo la definición a lo que las partes decidan o pacten, que el seguro inicia su cobertura material tras el pago de la prima en la generalidad de los derechos nacionales y, finalmente, en lo que nosotros entenderíamos como el an y el quando de la efectiva garantía del riesgo

o cobertura los principios lo subsumen bajo el término período de responsabilidad. Concepto este quizá demasiado ambiguo y que no estará exento de enormes dificultades interpretativas en el ámbito de los seguros de responsabilidad civil en los que se discute qué hecho es realmente el desencadenante del siniestro.

Los principios elaboran a continuación una serie de artículos relativos a la fuerza probatoria de los documentos contractuales, su interpretación, la manifestación o forma de las comunicaciones entre las partes, incluida la fase precontractual así como una premisa cierta y clara, a saber, el conocimiento imputable al tomador cuando confía a otra persona responsabilidades esenciales para la conclusión o ejecución del contrato de seguro, lo que no viene a ser sino un corolario lógico de la representación en derecho privado así como la contratación por cuenta ajena y en nombre ajena o en su caso propio. Las exigencias del tráfico mercantil y, en especial del sector asegurador, 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 predeterminación¹¹. Y este fenómeno está tan generalizado que poco importa que la aseguradora sea nacional, comunitaria e internacional, el *modus operandi* no varía. Ahora bien, no por ello hemos de ignorar y menos silenciar el altísimo coste que puede tener para un asegurado que contrata con una aseguradora de otro Estado que presenta además una información deficiente, oscura y compleja. Y aquí cobran todo su protagonismo y eficacia los documentos que suministra la aseguradora, los que han de estar redactados de una forma clara, comprensible, inteligible, legible, etc., siendo la premisa inicial el idioma. Pero el que este tipo de contratación se verifique de este modo, no puede significar bajo ningún concepto un detrimento de la información, de fallos o déficits de la misma¹². De ahí que el legislador comunitario haya puesto un especial énfasis en la profusión de un derecho información del tomador del seguro tanto si la contratación se hace con una aseguradora nacional como no nacional, ya sea en régimen de libre prestación como en régimen de establecimiento. Y este derecho del tomador se convierte al mismo tiempo en una obligación legal para la parte que prerredacta el contrato –la entidad aseguradora–, la cual debe plasmar e incorporar en contrato y el condicionado la información, preparación y experiencia de que dispone en su actuación empresarial en el tráfico, de donde debería resultar una regulación más o menos correspondiente con la que se habría producido de haberse desvelado esa información y preparación y haberse negociado, discutido y regateado sobre su base con los solicitantes del seguro.

11 Como bien señala REHBERG, cit., pág. 25 al introducir su trabajo quien contrata hoy día un seguro tiene ante el un serio problema: "Er muss eine möglichst fundierte Entscheidung darüber treffen, welches der am Markt angebotenen Produkte für ihn sinnvoll, nach Inhalt und Umfang angemessen und preislich günstig ist. Angesichts der enormen Komplexität dieser Produkte ist ein durchschnittlicher Interessent hierzu selbst unter erheblichen Anstrengungen kaum in der Lage. Es geht um ein *Informationsproblem*".

12 Sobre los Fehlentwicklungen bei Informationsdefiziten en los contratos vid. SHÄFER/OTT, *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, cit., pág. 466.

Se trata de perfeccionar también relaciones de confianza, una confianza que evite precisamente los déficits de información y conocimiento y sirvan al mismo tiempo para minimizar los costes de transacción y los costes de información¹³. El adherente con su firma muestra su conformidad con la existencia de un condicionado o una documentación que ni siquiera lee en su totalidad si es que lo lee, no hay examen previo y consciente del contenido documental, mas esto no significa que su actuación pueda y menos deba catalogarse de negligente. Su actuación responde de un lado a la necesidad de agilizar la documentación del contrato de acuerdo con la dinamicidad negocial como con un mínimo principio de división de tareas, como de otro lado, con el legítimo interés de la aseguradora de estandarizar y uniformar sus relaciones contractuales. Se busca además un claro sentido de la proporcionalidad en la documentación empleada, atisbo sin duda de una racionalidad eficiente, así como se imputa al propio asegurador la carga de la prueba de que el tomador ha recibido del asegurador (artículo 1: 204). Así las cosas los principios basan en la libertad la forma de las comunicaciones que tanto en fase precontractual como contractual haya en la relación de seguro, sea de un mero solicitante, tomador, asegurado o beneficiario. No se requiere ni exige a priori forma específica alguna, lo que de suyo no tiene que ir en merma de los derechos ni de la integridad contractual de la relación de seguro. Concluye esta sección segunda de las disposiciones generales con una apelación a las normas de la paridad y la no discriminación, algo que, por lo demás, no es la primera vez que desde Bruselas se insiste sobre la cuestión del género a la hora de tarificar primas y beneficios en la relación aseguraticia. Reconoce sin embargo aunque lo haga implícitamente como el uso del género sí es un factor válido estadística o actuariamente para el cálculo de primas y beneficios si bien proscribte que no puede dar lugar a diferencias en las primas y beneficios individuales, a menos que el asegurador pueda demostrar que las diferencias proporcionales en las primas se basan en datos actuarios ciertos y relevantes. De modo que, aunque con una redacción entre retórica y confusa, sí se permite que el género pueda ser discriminatorio a efectos de tarificación cuando el factor género sean una variable diferenciadora proporcional de cierta magnitud que permite romper esa hipotética igualdad tarifaria. Acuña sin embargo, que tanto el embarazo como la maternidad no podrán ser factores que determinen diferencias entre las primas, mas ¿acaso en un seguro de sanidad o asistencia sanitaria deberían pagar la misma prima un hombre y una mujer con una misma edad y homogéneo estado de salud? O por el contrario esa igualdad ¿se predica entre aquellas mujeres que tanto sean madres como que nunca lo sean? Categóricos también los principios cuando prohíben que las diferencias a efectos del coste de seguro se basen en criterios o razones de nacionalidad, raza u origen étnico. Serán pues otras variables, tal vez las genéticas, los antecedentes hereditarios, etcétera las que marquen la discriminación. Y para cerrar el círculo los principios consideran semejantes cláusulas como no puestas y preservan la validez del contrato y el principio de la no discriminación como prontuario de actuación y sobre todo de cálculo.

13 Y es que como bien señala SHÄFER/OTT, *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, cit., pág. 476 cuando hablan del peligro del oportunismo, las relaciones de confianza se contribuyen para solucionar los problemas de información y ahorrar los costes de información, Vertrauensbeziehungen werden aufgebaut, um Informationsprobleme zu lösen und Informationskosten einzusparen.

Cierra este capítulo primero de la parte primera una sección tercera que señala medios o mecanismos de protección de la aplicación de los principios de derecho europeo de contrato de seguro. Unos medios que no solo no cierran el acceso a la reclamación extrajudicial sino que la fomentan y alientan incluso mecanismos de auto-composición disponibles para el tomador del seguro, asegurado o beneficiario así como exige a la creación de una *entidad calificada* que entre sus competencias y facultades tenga la de solicitar de un tribunal o en su defecto de una autoridad nacional competente la obtención de una orden prohibiendo o requiriendo la cesación del incumplimiento de los Principios europeos de derecho de contrato del seguro. Guiño sin duda tanto a la posibilidad de heterocomposición de cada país miembro que podrá designar competente tanto a tribunales de justicia como a los órganos respectivos de vigilancia y supervisión del seguro nacionales, como es en nuestro caso la dirección general de seguros que se erigen así en baluartes tuitivos de la aplicabilidad, al menos indirecta, dado que tienen potestad y facultad para solicitar o requerir la cesación del incumplimiento, de los principios. No aclara sin embargo si también tienen o gozan, como de suyo ostentan, facultades sancionadoras y conminatorias.

5. PERFECCIÓN Y DURACIÓN DEL CONTRATO DE SEGURO

El capítulo segundo se ocupa a través de una disección en siete apartados del *iter* contractual del seguro. En efecto, a lo largo de siete secciones los principios marcan las pautas o parámetros que jalonan la fase precontractual del seguro con sus específicos deberes o cargas, así como las propiamente ya contractuales. El epicentro medular es el derecho - deber de información tanto del solicitante del seguro como de la entidad aseguradora, recayendo en ambos, solicitante - tomador y entidad aseguradora la carga, la imputación de una información íntegra, veraz, objetiva y proporcional. El asegurado, recte, el tomador consiente desde la información, desde el conocimiento, desde la comprensibilidad de la redacción de los documentos entregados por el asegurador o los pactos, siquiera verbales, dada la libertad absoluta de forma en las comunicaciones que aseveran y que ya hemos tratado, los propios principios. Pero idéntico parámetro le es exigido a él. La sección primera de este capítulo abordará el delicado y complejo deber de información precontractual del solicitante, un deber que se ancla en ese carácter básico y esencia del contrato de seguro que es el de ser un contrato *uberrimae bona fidae*.

No en vano uno de los mayores problemas que presenta el contrato de seguro a la hora de su perfección o conclusión es el *Informations problem*, en el que la capacidad de entendimiento jurídico y práctico –*Verständnisfähigkeiten*– del tomador, todavía mero solicitante del seguro, simple y claramente, cuando no, deliberadamente, es sobreestimada pero en ocasiones también ninguneada por la aseguradora, pero ¿qué sucede si además esta aseguradora es supervisada por un órgano de control foráneo, distinto y distante?¹⁴. Pero el problema de información también tiene un recorrido

14 Véase la excelente monografía de REHBERG, *Der Versicherungsabschluss als*

inverso, cual es el de la información que el solicitante del seguro tiene obligación de trasladar a la aseguradora sobre todo en lo relativo a la delimitación del riesgo de cara a la selección y, en su caso, antiselección del mismo por parte de aquella, quien conoce los entresijos de la técnica aseguradora y a veces incluso solo conoce la técnica nacional, con su cálculo de probabilidades, pero no domina la totalidad de los hechos y elementos que pueden incidir en el mismo, pero que sí los conoce o debiera conocer al menos el tomador¹⁵. En cierto sentido, la complejidad del contrato de seguro apenas es tenida en cuenta en la fase precontractual. Una complejidad que ha de buscarse sobre todo en sus causas, lo que provoca una profundización en el conocimiento de este mercado a través de la estructura de los productos que ofrecen al tráfico las aseguradoras¹⁶. Únicamente con el desarrollo de un conocimiento pormenorizado de la estructura integral del contrato con su condicionado y del producto ofrecido, se puede llegar a soluciones correctas y sobre todo a decisiones racionales, pero para ello, entre otros extremos, ha de partirse de la transparencia como característica principal del seguro¹⁷. Precisamente lo que tratan de hacer los requisitos de inclusión exigibles al incorporar el clausulado del contrato es acercar y simplificar la información al solicitante del seguro para que opte, con los menores costes posibles, entre contratar y no contratar, o incluso decidir la oferta de mercado que mejor le conviene¹⁸. Transparencia que se genera sobre todo con una información veraz, continua y actualizada dentro de ese gran marco de actuación que imprime la función de publicidad¹⁹. Transparencia de todos y en todo, tanto entre las partes como significativamente en la información que en la fase negocial modulará la eficacia y el resultado de la contratación. No olvidemos que la máxima que ha de presidir la relación de seguro es el interés digno de protección del adherente tomador del seguro en conocer las condiciones generales minuciosa y detalladamente en dos momentos, la fase negocial y la fase de ejecución del contrato, esta última siquiera con mayor relevancia dado que en la misma se exterioriza la esencia y consistencia de los derechos de una y otra parte.

Informationsproblem, cit., pág. 25 y ss. en la que no se cansa de exigir la necesidad de una reforma.

- 15 Como bien ha señalado PRÄVE, *Versicherungsbedingungen und AGB-Gesetz*, pág. 2 se pretende con esta información tanto del tomador como del asegurador dar una información al asegurado consumidor de modo que con estas *Informationen is für sich genommen aber noch kein wirksamer Versicherungnehmerschutz zu garantieren*.
- 16 En parecidos términos SCHWINTOWSKI, *Der Private Versicherungsvertrag zwischen Recht und Markt*, Baden-Baden, 1987, pág. 17.
- 17 Se pregunta SHÄFER/OTT, *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, cit., pág. 466 in welchem Maße die Existenz von Informationskosten wegen Qualitäts- und Preissunsicherheit zu Fehlentwicklungen führen kann, die administrative Beschränkungen der Privatautonomie, umfassenden Verbraucherschutz, staatliche Qualitätsnormen und Qualitätsprüfungen, Gebote und Verbote rechtfertigen.
- 18 En parecidos términos ALFARO ÁGUILA-REAL, *Las condiciones generales de la contratación*, cit., pág. 192.
- 19 Más contundentes se muestra SHÄFER/OTT, *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, cit., pág. 471 los déficits de información se pueden vencer a través de medidas de coerción por parte del Estado.

La información debe llevarse a cabo de un modo *richtig, sorgfältig, verständlich, vollständig y zeitnah* (exacto, cuidadoso, comprensible, íntegro y actual)²⁰. Mas el problema de la carencia o defecto de la transparencia se produce desafortunadamente en múltiples ocasiones así como en varios planos y aspectos, como son el producto, el mercado (comparación de las características del producto), precio, primas, etc.²¹. Como acertadamente se ha señalado, la *Komplexität und menschliche Erkenntnisfähigkeit sind zwei Seiten einer Medaille*²². Y transparencia que se relaciona con el adecuado conocimiento tanto del marco jurídico como de la posición contractual de ambas partes. Y dentro de este marco ha de quedar claro cuál es la legislación aplicable al contrato de seguro, si la nacional del asegurado o la nacional del asegurador comunitario. En el caso de los principios europeos no hay duda, dado su carácter o marchamo imperativo. Elegida esta normativa o corpus jurídico no cabe la aplicación del derecho nacional, no cabe cercenar o restringir la entidad y consistencia de los propios principios, cuestión aparte, como ya hemos señalado son las hipotéticas lagunas o vacíos regulatorios, así como aquella legislación nacional imperativa especialmente concebida para ramos de seguros que no están cubiertos por reglas especiales contenidas en los PDECS (artículo 1: 105). Una transparencia que además cumplirá una proverbial función no solo en el momento de la conclusión del contrato sino a lo largo de toda la vida de la relación contractual y que se proyectará inescindiblemente sobre las posibles consecuencias sobre todo jurídicas que su falta o su desviación puede acabar generando²³.

La información que es basilar y resultado de una máxima buena fe de las partes. Es un *contrato de buena fe* en el que asegurador y tomador han de ser leales y honestos el uno para con el otro²⁴. Obviamente no hay contratos de mala fe, cuestión distinta es

20 En este sentido REHBERG, *Der Versicherungsabschluss als Informationsproblem*, cit., pág. 197 quien postula además como el tomador del seguro ha de ser informado de todos los aspectos del seguro die gerade für seine *individuellen Bedürfnisse* von Bedeutung sind.

21 Vid. MEYER, "Verbraucherpolitische Informationen und Forderungen", *Lebensversicherung, Internationale Versicherungsverträge und Verbraucherschutz, Versicherungsvertrieb*, (BASEDOW, et al., (Dir.), BADEN-BADEN, 1996, págs. 156-159, en las que destaca el análisis que efectúa a la Markt-, Vertrags- und Bilanztransparenz; también MÜLLER, "Konzept der transparenten Bedingungsgestaltung bei Versicherungen aus aufsichtsbehölicher Sicht", en *Transparenz und Verständlichkeit, Berufsunfähigkeitsversicherung und Unfallversicherung, Reform des Versicherungsvertragsgesetzes*, (BASEDOW, et al. (Dir.)), Baden-Baden, 2000, pág. 186. Para SHÄFER/OTT, *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, cit., pág. 462 las informaciones se definen como una intención orientadora del conocimiento, de modo que el saber puede ser una importante fuerza productiva. Mas alertan también que al lado de esa información productiva existe mucha información improductiva.

22 Vid. REHBERG, *Der Versicherungsabschluss als Informationsproblem*, cit., pág. 198.

23 En parecidos términos, GONZÁLEZ PACANOWSKA, Artículo 5. Requisitos de incorporación, cit., pág. 186 y ss.

24 Sobre la buena fe en el contrato de seguro, pocos lo han tratado con la profundidad de MACDONALD EGGERS/PICKEN/FOSS, *Good faith and insurance contracts*, 2ª ed., London, 2004, pág. 7 para quienes los contratos de seguro son "the most prominent examples of contracts of the utmost good faith and have been recognized as drawing the most

la intencionalidad de los sujetos. Si bien en nuestro derecho los contratos conforme a los artículos 7 y 1258 del C.C. y 57 del C.d.C. se deben ejercer, ejecutarse y sobre todo interpretarse conforme a la buena fe, en tanto principio rector del desarrollo de toda relación jurídica *inter partes*, este principio alcanza su grado máximo de desarrollo en el ámbito del contrato de seguro, en la que 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 jurídicas²⁵. De ahí que en la regulación del deber de información el artículo 2: 101 de los principios la misma sea concebida de un modo bidireccional, dado que el solicitante deberá informar al asegurador de las circunstancias que no solo conozca sino que debiera conocer, –máxima ambigua esta pues cómo se prueba su falta de diligencia o ese debiera conocer– y

onerous duty of disclosure so that a matters, whether of a purely comercial or external nature or relevant to the rudimento f the contract itself, which affect a party´s judgment to enter into the contracto n terms should be made plain befote any decisión is taken". Se pregunta LOWRY, "Whither the duty of good faith in UK insurance contracts", *Conn. Ins. L. J.*, 2009-2010, vol. 16-1, pág. 97 y ss., pág. 99: "In practical terms, the issue which pervades the duty of good faith can be reduced to the following question: how can the ordinary insured, whether acting in a private or commercial capacity, untutored in the niceties of insurance law, be expected to know what particular circumstances are material and would, therefore, influence the prudent underwriter? The sheer breadth of the insured's duty together with the allornothing consequence of avoidance, therefore, rightly gives rise to legitimate concern. In a series of recent cases, decided over the last ten years or so, the English courts have been steadily refining the disclosure duty while, at the same time, laying considerable emphasis on the mutuality of the requirement of good faith by giving content to that borne by insurers. This process is a rebalancing exercise". En la doctrina iberoamericana destacan entre otros, JARAMILLO J., *Distorsión funcional del contrato de reaseguro tradicional. Su problemática actual*, Bogotá, 2005, 1ª reimpr., pág. 56 cuando asevera, como acudiendo a una arquetípica y gráfica bipartición de la fides, la doctrina científica iusprivatista reconoce dos ramificaciones sustantiva de la buena fe: la objetiva y la buena fe subjetiva, también identificadas, una y otra, con la buena fe creencia –o confianza– y con la buena fe lealtad o probidad. También MORANDI, "Il principio della buona fede nell'assicurazione en ella riassicurazione", *Assicurazione*, 1987, pág. 403 y ss., pág. 415 y ss. Clásica y sin embargo de actualidad la postura de BETTI, *Teoría general de las obligaciones*, Madrid, 1969, pág. 71 y ss., cuando señala como la buena fe es una actitud de cooperación encaminada a cumplir de modo positivo la expectativa de la otra parte; actitud que tiene como aspectos más destacados la confianza, la fidelidad, la capacidad de sacrificio, la prontitud de ayudar a la otra parte.

- 25 Vid. MANGHETTI, "Etica e assicurazione: quali comportamenti", *Ass.*, 2002, Gen-Mar., pág. 3 y ss., pág. 4, para quien el comportamiento de todo asegurado es decisivo para el correcto funcionamiento de la *catena della solidarietà*. Incluso mantiene como el asegurado en la fase precontractual llega a disfrutar de una cierta fuerza dada la asimetría informativa pues es quien mejor conoce y de un modo exclusivo la propia exposición al riesgo. Como señala SOLIMANDO, "Disciplina delle dichiarazioni precontrattuali", cit., pág. 22 en el contrato de seguro se exige una plena colaboración del asegurado con el fin de precisar la situación objetiva del riesgo pues solo él o alguien por su cuenta conocen todas las circunstancias dirigidas a identificarlo y valorarlo.

que sean objeto de preguntas claras y precisas por parte del asegurador. No difiere en suma este postulado al de las regulaciones nacionales que lo parapetan tras el deber de contestación a las preguntas o cuestionario que, en su caso, elabore, formalice y exponga la propia aseguradora de cara a concretar los perfiles, exclusiones y delimitaciones de la cobertura solicitada.

Desde siempre, tanto doctrina como jurisprudencia, han considerado este contrato *–uberrimae bonae fidei–* (la STS de 8 de febrero de 1989 (RJ 1989, 761) sitúa el fundamento del deber de declaración del riesgo en la buena fe), en el sentido de poner de manifiesto y exteriorizar el mayor nivel de colaboración, exigencia y reciprocidad que se precisa tanto para perfeccionar el contrato en sí en un primer momento, como para solventar todas las vicisitudes a las que pueden verse compelidas las partes en el devenir ulterior de la relación jurídica aseguraticia²⁶. Buena fe objetiva, pero también subjetiva en ambas partes, tanto en la relación de contenido de la obligación, como en su dimensión subjetiva, la de la lealtad, la reciprocidad y la probidad²⁷. No cabe duda finalmente que el seguro, integrante a su vez del sistema financiero, adolece de idénticos defectos que los otros dos ámbitos, y en la que el riesgo a una

26 En parecidos términos se pronuncian entre otros, RUBIO VICENTE, *El deber precontractual de declaración del riesgo en el contrato de seguro*, Madrid, 2003, pág. 7; como bien señalaba GARRIGUES, cit., pág. 46, el contrato de seguro establece una relación duradera o de tracto sucesivo, que no se agota en un instante, que se va arrastrando a lo largo del tiempo; distingue con maestría DE LOS MOZOS, *El principio de la buena fe*, Barcelona, 1965, pág. 49, como la buena fe objetiva actúa sobre el contenido de la relación jurídica, la que nace de la obligación o del negocio en general y que se manifiesta en todos los aspectos de su vida, sobre todo el más típico, el del cumplimiento, la actuación de sus efectos jurídicos; TIFFREAU, “Le silence et le contrat d’assurances”, RGAT, 1989, num. 4, págs. 766 y 783 que defiende esa doble óptica de la confianza mutua, tanto por parte del asegurador que debe informar y en su caso aconsejar al tomador, cerciorándose de que conoce y entiende todas las cláusulas del contrato y que ninguna de ellas es peligrosa, lesiva como del propio asegurado con su deber de declarar las circunstancias que influyen sobre el riesgo, con lo que se debe hacer una declaración precisa del riesgo; DURANTE, “La buona FEDE nel contratto di assicurazione”, Ass., 1979, 1, pág. 222 señala: el asegurado es el único que conoce el estatus del riesgo; CARNELUTTI, *Teoría general del derecho*, Madrid, 1955, pág. 342 cuando afirma como en la buena fe objetiva alude a una regla de conducta, y la noción subjetiva de la buena fe, a una guía para la intención; vid., además, BATALLER GRAU, *El deber de declaración del riesgo en el contrato de seguro*, Madrid, 1997, pág. 11 y ss.; jurisprudencialmente entre otras destaca la STS 9 de junio de 1994 (RJ 1994/6383), en su fundamento 5 se dice que a los asegurados “les asiste un inexcusable deber, tanto legal, como impuesto por la necesaria lealtad contractual que deben observar, a la que los recurrentes faltaron clara y decididamente, pues el contenido de la póliza no se adaptaba a la realidad... los asegurados tienen el deber, que actúa como una respuesta con acentuado contenido obligacional de declarar de la manera más exacta posible todas las circunstancias que conozcan y puedan ser influyentes en la valoración del riesgo”.

27 Unía la buena fe, al deber de información y de hablar claro, Clásica y vigente la vieja recomendación de HEDEMANN, *Tratado de derecho civil. Derecho de las obligaciones*, III, Madrid, 1958, pág. 51 que señalaba como la obligación de hablar claro y el deber de información vienen exigidos por el principio general de buena fe.

enorme asimetría informativa que existe entre las partes es más que patente, y el seguro no escapa de esta envoltura. Y lealtad y buena fe como paradigmas de esos deberes conductuales principales, incluso secundarios que las partes se deben a lo largo de toda la vigencia de la relación jurídica de seguro y no solo en los tratos antecedentes al contrato mismo²⁸. Es este, el de seguro un contrato vivo en el que el derecho a la información es un factor capital que modulará circunstancias y consecuencias del mismo²⁹. Información y derecho a la información que se integra en este carácter de buena fe del contrato de seguro, que preside y rige durante toda la vida de la relación contractual³⁰.

El riesgo moral y la selección adversa tienen indudablemente su impacto a la hora de contratar un seguro. No se olvide además, que si esa asimetría informativa tiene un carácter anterior a la perfección del contrato de seguro aboca a la selección adversa, en cambio si es ulterior conduce a lo que se conoce como los riesgos morales. En la selección adversa distinguir entre malos y buenos riesgos es demasiado oneroso para la entidad aseguradora³¹. Por su parte, riesgo moral implica la actitud ineficiente que toma el asegurado toda vez que ha logrado la cobertura del riesgo y este queda transferido a la entidad aseguradora. Remedios frente al riesgo moral es la no asunción de una cobertura holística y totalizadora por parte de la aseguradora, con lo que en cierto modo controla la actuación del asegurado que teme la pérdida sobre la parte no cubierta por el contrato de seguro³².

-
- 28 Nítido ORDOQUI CASTILLA, *Abuso de Derecho*, Bogotá, 2010, pág. 163 cuando señala como el derecho a contratar tiene un fin que no puede dejarse de lado y que sólo su contemplación justifica el reconocimiento del ejercicio de este derecho. Este fin está en el logro de la distribución de intereses en forma equilibrada, actuando de buena fe, en parámetro de razonabilidad y justicia. Concluyente y en palabras de JOSSERAND, el autor afirma: “El contrato debe prepararse, celebrarse, interpretarse, ejecutarse y terminarse, en una atmósfera saludable y no viciada”.
- 29 Acierta STIGLITZ, *Temas de derecho de seguros*, cit., pág. 79 cuando asevera como el deber de información encuentra su fundamento final en la necesidad de establecer o, en su caso, restablecer el equilibrio desde el inicio mismo de las tratativas.
- 30 Una imbricación entre esta información y la buena fe en RIVA, “Il “diritto all’informazione” quelle espressione del principio di buona fede nell’esecuzione del contratto di assicurazione”, *Assicu.*, 2010, n° 1, pág. 70 y ss.
- 31 Sobre los riesgos morales y la selección adversa, vid. COLEMAN, *Riesgos y daños*, Madrid, 2010, págs. 255 a 257, para quien y tras desarrollar ambos, la capacidad de una aseguradora de agrupar riesgos en un fondo adecuado depende de la información disponible acerca del riesgo relativo que aportan los asegurados. La visión tradicional considera que esta información se obtiene más fácilmente con un esquema de seguros de primera persona. Contundentemente afirma que el éxito del seguro depende de la información disponible para el asegurador y ello a su vez depende de la regla de responsabilidad vigente.
- 32 Sobre los riesgos morales y el seguro, esencial SHAVELL, “On moral hazard and insurance”, *The Quarterly Journal of Economics*, 1979, vol. 93, pág. 541 y ss.

El riesgo constituye el elemento esencial del contrato de seguro y, como tal, debe ser individualizado y delimitado. Riesgo es, en suma, aquella eventualidad que hace nacer una necesidad³³. A diferencia pues de otras relaciones contractuales en el que las partes hasta cierto punto, controlan autónomamente los elementos del contrato en el *iter* contractual, en el contrato de seguro, el asegurador en realidad no es capaz de apreciar en su totalidad el contenido de la solicitud y ulteriormente propuesta del tomador. Es decir, de todos los elementos y circunstancias que permiten realmente valorar la entidad e intensidad del riesgo, muchos de ellos están compuestos de datos referentes o bien a cosas, o bien a personas cuyo exacto conocimiento tanto presente como pasado solo puede ser o estar en condiciones de ser conocido por el asegurado, pues en no pocas ocasiones pertenecerá a su esfera íntima personal. La concreción de esta buena fe recíproca entre las partes, no solo impregna el contrato sino también toda la legislación del contrato, siendo múltiples los artículos que bien directamente, bien de un modo indirecto alude a la misma a lo largo del articulado.

No ha de olvidarse que nuestro ordenamiento en este punto se ha caracterizado por la prudencia y el equilibrio. En efecto, el maximalismo de la buena fe mantenida con un excesivo rigor podía y puede en algo tan voluble como es el conocimiento y la valoración del riesgo, conducir a equívocos, a intencionalidades pero también a exigir excesivas cargas al tomador incluso mero solicitante de un seguro. No son extraños aquellos ordenamientos que durante casi un siglo, concretamente el alemán desde su normativa de 1908 a la reciente modificación del contrato de seguro operada en 2008, se caracterizó por exigir enormes cargas al solicitante del seguro antes de la conclusión del seguro. Véanse a título ejemplificativo el antiguo párrafo 16 y siguientes de la *Versicherungsvertragsgesetz* (VVG). En ellos existía un genuino deber del tomador de indicar espontáneamente todas aquellas circunstancias que afectan al riesgo incluso cuando no se preguntaba ni se desprendía de las preguntas realizadas por el asegurador. Se exigía una buena fe que rompía los cánones normales. El tomador estaba obligado a indicar incluso más de lo que contestaba y no se preguntaba por la aseguradora, con lo que la carga de la prueba y máxime para demostrar su buena fe y diligencia era desproporcionada. Si ocultaba algo sea cual sea o fuere el motivo o razón tenía una pesada carga para el contrato. Situación que se agravaba aún más en el ámbito de los seguros de personas. Afortunadamente la sensatez y la mesura se han impuesto, debiendo ahora las aseguradoras ampliar sus formularios de preguntas, perfeccionándose en la elección de preguntas relevantes, serias, precisas que ayuden verdaderamente a lo que tienen que ayudar que no es otra cosa que la verdadera selección y antiselección del riesgo y no tachar a priori prácticamente de fraudulento o arrojar sombras de luz sobre solicitantes y tomadores de seguro³⁴.

33 Así HÉMARD, I, n.º 44. [*non vidit*], cita de HALPERIN, *Contrato*, cit., pág. 34. la noción de eventualidad excluye la certidumbre y la imposibilidad; mas comprende el caso fortuito y aun la voluntad de las partes, siempre que el acontecimiento no dependa inevitable o exclusivamente de ella. Es suficiente que la incertidumbre sea económica.

34 Una buena retrospectiva en SCHLENKER, *Die vorvertraglichen Anzeigepflichten des Versicherungsnehmers*, Baden-Baden, 2005.

Buena fe también implica para la entidad aseguradora lealtad y profesionalidad a la hora de confeccionar su oferta, su póliza, el condicionado, la realización de las prestaciones, etc., desterrando todo atisbo de oscuridad, ambigüedades, incomprendibilidades, abusos o lesividades, etc., y para el asegurado declarar lo que él cree modulaciones o alteraciones en ese riesgo original y tenido en cuenta para concretar el contrato, toda agravación del mismo, disminución, las circunstancias que rodean al siniestro, la comunicación del mismo, etc.³⁵. La buena fe preside en el seguro, como en todos los contratos, la relación jurídica pero si cabe con un mayor énfasis en este contrato³⁶.

El incumplimiento por parte del tomador del seguro de su deber de contestación como transunto de la información precontractual que el solicitante debe suministrar a la aseguradora y que incide en una correcta valoración del riesgo que se pretende asegurar, riesgo declarado que nada tendrá que ver, en su caso, con el riesgo real asumido por la aseguradora, permite a la aseguradora proponer una modificación razonable en el contrato o la finalización del mismo. Late en el fondo y aunque el artículo 2: 102 (1) no lo señale, una mayor onerosidad o gravosidad para la aseguradora que en realidad está asumiendo un riesgo mayor del que tuvo en cuenta a la hora de tarificar y, por tanto, a la hora de valorar la reciprocidad del sinalagma aseguraticio. En realidad, la premisa de la que parte el artículo es la de los tratos preliminares o fase puramente

35 Sobre el deber de concreción, claridad y sencillez en la redacción del clausulado véase entre otros nuestro trabajo, VEIGA COPO, “El deber de concreción, claridad y sencillez en la redacción del condicionado en un contrato de seguro”, *La Ley*, 1 de julio de 2005, pág. 1 y ss.

36 Sobre lo moral hazard en el ámbito del seguro vid. entre otros y nuevamente MACDONALD EGGERS/PICKEN/FOSS, *Good faith and insurance contracts*, 2ª ed., London, 2004, pág. 394, quienes enfatizan como el “moral hazard” is a loaded term. ... it refers to the prospect of the assured himself acting in a way which would add to the risk to be insured in that a loss may be sustained through the fraudulent design of the assured, whether in the procurement of the loss or the fabrication or exaggeration of a claim; indeed, it might also refer, in the broad sense, to the unacceptability of contracting with dishonest assureds. The term may also refer to the prospect of fraud by another person which may cause loss to the assured; usually, such a person is intimately associated with the interest insured, such as the *alter ego* or a director of the assured, that master or manager of a ship, the manager of a business. Sobre la aversión al riesgo y la asignación del mismo en la teoría del seguro es interesante la aportación de SHAVELL, *Economic Analysis of Accident Law*, London, 2008, especialmente el capítulo 8, pág. 186 y ss. y en la que parte de la dualidad de seguros en los que los asegurados no pueden influir en los riesgos, y aquellos otros casos en los que sí. También ABRAHAM, *Insurance Law and Regulation*, 4ª ed., New York, 2005, pág. 22 y ss.; clásica ya la aportación de ROTHSCHILD/STIGLITZ, “Equilibrium in Competitive Insurance Markets: An Essay on the Economics of Imperfect Information”, *Quart. J. Econ.*, 1976, pág. 629 y ss.; un amplio ensayo tanto con argumentos pro y en contra del riesgo de selección adversa en SIEGELMAN, “Adverse Selection in Insurance Markets: An Exaggerated Threat”, *Yale L. J.*, 2004, nº 113, pág. 1223 y ss.; igualmente PRIEST, “The Current Insurance Crisis and Modern Tort Law”, *Yale L. J.*, 1987, nº 96, pág. 1521 y ss.; BAKER, “Containing the Promise of Insurance: Adverse Selection and Risk Classification”, *Conn. Ins. L. J.*, 2003, nº 9, pág. 371 y ss.

precontractual, de negociación, por mucha erosión de la bilateralidad que, en definitiva se da y prodiga en los contratos de seguro. Esto implica que la aseguradora percibe esa falta de cumplimiento en esta fase con lo que puede o bien modificar su propuesta u oferta de seguro o terminar con la relación precontractual como consecuencia del incumplimiento, falta de información por parte del futuro tomador y que incide nuclearmente en la causa del contrato, el riesgo. Hubiera o es más razonable exigir una mayor claridad en el momento y ámbito de concreción de esta desinformación. Primero porque la sección se encabeza bajo el deber de información precontractual y segundo, porque los distintos artículos que componen esta aluden tanto esta fase como a la puramente contractual, incluso como sucede en el apartado (5) cuando se recoge el supuesto de verificación del siniestro causado por un elemento de riesgo que es objeto de omisión o descripción negligente por parte del tomador y antes de que o bien finalice el contrato o bien prospere la modificación. Por tanto, escasos de la deseable claridad temporal del interin en que se mueven las partes, toda omisión de esa necesaria y debida diligencia del solicitante o tomador y que produce una alteración real del riesgo que sin embargo se ha tenido en cuenta tanto para la propuesta como para el contrato ya perfecto, la aseguradora como consecuencia de ese incumplimiento imputable al tomador nada deberá si no hubiera formalizado el contrato de haber conocido la información y si lo hubiera formalizado con una prima mayor o en términos diferentes, la indemnización será proporcional a la modificación del riesgo. Lo alambicado, confuso y abstracto de la redacción genera una confusión y dudas interpretativas de considerable relieve. Impregna además un afán de salvaguardia al tomador en el sentido de que a expensas de esa proposición por parte del asegurador de una variación razonable, ¿quién mide la razonabilidad de las circunstancias y de variación de la entidad de la información?, dado que se permite al tomador el rechazo de la propuesta modificativa, así como la imposibilidad para el asegurador de finalizar el contrato si el tomador que incumple lo hace sin que haya una causa que le sea imputable al mismo, por lo que confiere a la aseguradora la carga de la prueba de que no se habría formalizado el contrato si hubiera conocido la información correspondiente. En suma, la aseguradora ha de probar la negligencia, malicia, o incluso mala fe del asegurado que oculta, omite informaciones atinentes a la delimitación del riesgo y que lo hacen sumamente gravoso para la aseguradora. Mas, ¿caso es fácil esa carga probatoria cuando estamos ante elementos tanto volitivos como intencionales?

Salvan además los principios con una serie de excepciones esa imputación al tomador sobre el defecto de información, en aquellos supuestos en que una pregunta no fue contestada o lo fue con información obviamente incorrecta o incompleta, en aquellos otros casos en los que la información que debería haber sido puesta en conocimiento del asegurador o suministrada de manera imprecisa, no fuera relevante para que un asegurador razonable tomara la decisión de celebrar el contrato o celebrarlo en los términos establecidos, y, finalmente en los supuestos de información sobre la cual el asegurador hubiere hecho creer al tomador que no era necesario suministrar, amén de toda aquella información que el propio asegurador conoce o debería estar en condiciones de haber conocido. Son estas las excepciones que recoge el artículo 2: 103 y donde los términos razonable, obviamente, así como el impenitente y contumaz uso

de las hipótesis condicionales emponzoñan una más deseable claridad. Por ejemplo, situar el énfasis en una pregunta que no fue contestada o que lo fue con información obviamente incompleta o incorrecta significa conocer de antemano el valor e importancia de la pregunta en sí, la finalidad de la misma dentro del cuestionario y el deber de respuesta, su interdependencia con respecto al elenco de otras preguntas, el ámbito de la misma y su incidencia directa o no en los elementos esenciales del contrato, así como, quién y cómo se mide esa contestación incompleta o incorrecta. ¿Sabe acaso la aseguradora la complitud o el defecto de la misma? Y de otro modo, si sabe que la contestación es incorrecta, ¿por qué es incorrecta? Por engaño, omisión, reticencia, mala fe. ¿Por qué se iba entonces a excepcionar la aplicabilidad de las sanciones que en definitiva establece el artículo antecedente? Incongruente. Superfluo, vacuo.

Cierra la sección un intento de cuadratura del círculo. En efecto, se adjetiva el incumplimiento como fraudulento en cuyo caso se anuda una consecuencia jurídica, la anulación del contrato por parte del asegurador. Como si el asegurador pudiera anular un contrato sin más. En todo caso, y demostrado el fraude en el incumplimiento del contrato por parte del tomador que vulnera el consentimiento, que engaña, que defrauda y conculca esa buena fe y reciprocidad, el contrato será nulo, ineficaz. No es que pueda anularlo el asegurador como dice el dictado del artículo 2: 104 será que el mismo es nulo, está viciado. Y por tanto no ha tenido nunca efectos, con lo que sí es razonable que en ese caso, y víctima la aseguradora del fraude de información y trasgresión contractual haga suya la prima recibida. Es la magnitud del engaño, del fraude, del incumplimiento de ese deber de información el que atenta contra los elementos esenciales del contrato de seguro, y es ese hecho y circunstancias el que quiebra la validez del negocio, por mucho que el artículo asevere esa facultad potestativa de la aseguradora para declararlo nulo, si es nulo es nulo siempre, no porque lo declare o deje declarar el asegurador.

La sección tercera del capítulo segundo recoge y materializa los deberes precontractuales del asegurado. La otra cara de una misma moneda que vela por la transparencia, la seguridad jurídica y la reciprocidad sinalagmática de las partes, sin información las partes no sabe realmente a qué se comprometen y a qué no se comprometen, máxime en un contrato o en una esfera obligacional donde hay que proteger y tutelar a la parte débil de este contrato que es el asegurado. Este no puede firmar en barbecho, desconociendo la parte normativa y condicionado de la relación jurídica, sin que esta sea transparente, concreta, sencilla, clara, comprensible, legible.

El artículo 2: 201 obliga a la aseguradora a entregar o proporcionar al solicitante copia de las estipulaciones contractuales propuestas, amén de un documento que incluya, si es relevante, información sobre nombre y domicilio de las partes contratantes, nombre y domicilio de asegurado y beneficiario, nombre y domicilio del agente de seguros, tipo de seguro y riesgos cubiertos, cantidad asegurada y sus deducciones, prima o el método para calcular, momento en que la misma es exigible así como el lugar y forma de pago, el período contractual y el período de responsabi-

lidad, el derecho a revocar la solicitud o a desistir del contrato, el derecho aplicable al contrato, la existencia de mecanismos de reclamación extrajudiciales o de auto-composición para el solicitante y las formas de acceso a las mismas así como, por último la existencia de fondos de garantía u otros medios de compensación. Exige en suma el artículo un cumplimiento escrupuloso de toda la información contractual del seguro significativo que ha de entregarse tempestiva y oportunamente al solicitante para valorar, comprobar, discutir o negociar en su caso cualquier modificación o perfeccionar. Una radiografía del alcance de coberturas y garantías, costes, primas y deducciones, momentos y periodos del contrato así como legislación aplicable y medios de reclamación. Una información eficaz, pertinente y oportuna para el solicitante, que radiograbie el contenido ínsito de la propuesta, el que compondrá la póliza y de todo el condicionado así como estipulaciones contractuales propuestas. Unas propuestas definitivas que permitan la conclusión si el destinatario de las mismas opta por la aceptación, o en su defecto, y si cabe porque lo permite la aseguradora, la negociación a la hora de modificar o alterar el contenido de las mismas. Deberían eso sí, en aras de minusvalorar el alcance per se de la información precontractual, la coetilla del primer apartado, "si es relevante. Toda esta información lo es, salvo aquellos supuestos donde no hubiere beneficiario por ejemplo, o agente de seguro, así como sino existieran fondos de garantía o medios de compensación, pero es una información significativa, relevante y no puede dejarse al arbitrio de una sola de las partes establecer qué es relevante y qué no lo es de cara a tener el arsenal normativo que permita al solicitante adherirse, negociar o tratar al menos de cambiar alguna cláusula o rechazar directamente la solicitud oferida.

Es precisamente en este momento en el que los requisitos de inclusión de las condiciones generales alcanzan su momento álgido, especialmente los que se refieren a las exigencias de claridad, sencillez y concreción en la redacción de las cláusulas. Cuando el artículo 3 de la LCS obliga al asegurador a entregar una copia del condicionado que habrá de estar redactado de forma clara y precisa lo hace en aras de facilitar el comportamiento del asegurado, y lo que es más importante, su conocimiento de las previsiones que han de derivarse de los hechos que se produzcan durante la vigencia del contrato, esto es, tanto la posibilidad de que el asegurado adherente pueda reaccionar tempestivamente frente al incumplimiento del asegurador predisponente, como en general, conocer la situación legal en caso de que se entable una demanda judicial.

Una de las novedades, o tal vez de las principales novedades que contienen estos principios viene establecida en el artículo 2: 202, que estatuye el deber de advertir sobre inconsistencias en la cobertura. El precepto en cuestión reza del siguiente modo: *"En el momento de formalizar el contrato, el asegurador deberá advertir al solicitante de cualquier inconsistencia entre la cobertura ofrecida y la necesidad del solicitante que sean o debieran ser conocidas por el asegurador, considerando las circunstancias y la forma de contratación y, en particular, si el solicitante estuvo asistido por un mediador independiente"*. Un deber de la aseguradora extraño en nuestra legislación del seguro, especialmente tuitivo para el asegurado pero que en cierta medida siembra dudas tanto sobre su alcance como su eficacia. En efecto, en primer lugar, el artículo apela al momento de formalizar el contrato, ¿cuál es ese momento?, ¿el inmediatamente

anterior a la perfección del mismo, o ya cuando este está perfecto y se formaliza por escrito en su caso?, ¿qué papel juega la forma en el contrato de seguro, cuando el prontuario de las disposiciones generales glosan la libertad absoluta de forma en las comunicaciones? Según el dictado de la norma, el asegurador advierte de esas pretendidas inconsistencias, ¿mas sabe realmente o está en condiciones de saber objetivamente el grado de discordancia entre la cobertura que ofrece la propia aseguradora y la que necesita el solicitante y que, en suma, se niega a ofrecer en su totalidad la propia aseguradora? Vuelve a caer el redactor de los principios en el condicional, en la posibilidad, en la incertidumbre del “debieran ser conocidas por el asegurador”, le imputa la consecuencia si falta a ese deber, pero ¿cómo se mide ese deber de diligencia?, ¿cómo sabe el solicitante asegurado que se ha conculcado efectivamente ese debiera haber conocido y le exige responsabilidad a la propia aseguradora? Se mueve una y otra vez en un terreno de lo deseable pero frágilmente resbaladizo. Cobra algo más de sentido el tenor de este deber si se tiene en cuenta la última frase en la que se apela a la forma de contratación y la intervención de un mediador independiente. No es que se quiebre la confianza en la contratación entre ausentes, pues indefectiblemente no parece que la norma esté pensando en una contratación entre presentes y directa, así como con la propia aseguradora sin intermediarios. Antes al contrario, al apelar a la forma de contratación y la existencia de un mediador, planea la sospecha de que no se ha informado y asesorado rigurosamente al tomador solicitante y por eso se le advierte de esta insuficiencia de la garantía adecuada a los verdaderos intereses y necesidades del asegurado. Se mueve en suma el artículo sobre aguas de lo deseable y que difícilmente puede plasmarse o concretarse en ese deber, que de hacerlo, implica la trasgresión contractual de la relación o bien por la propia aseguradora o bien por un mediador. Dejemos al margen ahora el por qué el asegurado o tomador que es conocedor de la insuficiencia de la cobertura por qué accede a la misma, o no exige una mayor garantía aun sabiendo que el coste del seguro será más alto. ¿Acaso no puede el solicitante como consecuencia del coste del seguro preferir unas coberturas menores? Y en ese afán tuitivo establece igualmente el artículo una suerte de sanciones en caso de incumplimiento por parte del asegurador, unas sanciones que en todo caso serán difíciles de producirse habida cuenta que esta diversificación en el alcance, valoración y, en definitiva delimitación inclusiva o exclusiva del riesgo serán poco oponibles a este deber. Por ejemplo, ¿qué sucede con toda delimitación exclusiva del riesgo? Una aseguradora no tiene por qué cubrir el riesgo asegurable en toda su integridad, no cubierto por tanto este, solo los garantizados, serán los riesgos asegurados mas ¿acaso no estamos ante una inconsistencia? ¿es necesario advertirlo expresamente cuándo queda constancia en la oferta del contrato de seguro de su exclusión?, ¿y si la misma procede a través de requisitos de incorporación que hoy por hoy en nuestro país la norma solo exige para las cláusulas limitativas de derechos? Advértase además que en todo caso la hipotética sanción sería la obligación de indemnizar al tomador sobre cualquier pérdida resultante del incumplimiento del deber de advertencia, a menos eso sí, precisan los principios, que el asegurador hubiera actuado sin culpa. Se exige un plus de diligencia, de actividad, de tutela sobre el riesgo declarado y real, pero cómo y por quién se marcan esas carencias de cobertura y sobre todo qué indemnización se fija y en base a qué. ¿Acaso no podrá la aseguradora evidenciar su no culpa?

Indudablemente ayudan a la individualización del riesgo las indicaciones negativas, lo que habitualmente se denomina exclusión directa de cobertura, es decir, la no garantía o el no seguro. Resultará de disposiciones expresas, redactadas en términos inequívocos, claros, contundentes. En ocasiones surgirán implícita o indirectamente, en razón de si el asegurador hubiere indicado con precisión la índole, magnitud y extensión del riesgo que se compromete a cumplir, de modo tal que, de la propia fórmula empleada por él, resulta la exclusión de todos los riesgos que no se ajusten a las determinaciones indicadas en ella; y en tercer lugar, las *cláusulas delimitadoras del riesgo por exclusión*, en la que expresamente se extraen de la cobertura determinados riesgos que podrían *a priori* entenderse cubiertos por la definición general.

Así las cosas, debemos señalar, que no reunirán la calificación de limitativas aquellas cláusulas que tras efectuar la delimitación se procediera al señalamiento de determinadas exclusiones a la cobertura del asegurador, por cuanto que se estarían exceptuando siniestros que generarían la correspondiente obligación indemnizatoria según la primera descripción contractual del riesgo. Una cláusula limitativa siempre tendrá un límite infranqueable, al depender la prestación del asegurador precisamente de la delimitación del riesgo efectuado que, a su vez, constituye la base para el cálculo de la prima. Es aquí y ahora donde entra en juego el artículo 1288 del Código Civil, un artículo que no se aplica cuando una cláusula contractual ha de ser interpretada, sino cuando, una vez utilizados los criterios legales hermenéuticos y, por supuesto y primordialmente, las reglas de la lógica, no es unívoco el resultado obtenido, sino que origina varios con análogo grado de credibilidad (véase la STS de 27 de septiembre de 1996 (RJ 1996, 6644)). Como ya hemos avanzado no todos los riesgos van a ser garantizados o cubiertos por el seguro, por lo que la no asegurabilidad puede ser tanto técnica como jurídica. Jurídicamente no tendría cabida la posibilidad de asegurarse contra riesgos ilícitos, opuestos a las leyes, a la moral o al orden público (art. 1.275 del C. C.), y tampoco lo tendría asegurar un evento cuando haya sido provocado, causalizado dolosamente por el asegurado. En este caso la aleatoriedad que recordemos es uno de los caracteres del contrato no solo se diluye sino que además el asegurado causante del siniestro y por tanto del daño se beneficia de su actuación recibiendo la indemnización; la propia LCS sale al paso cuando declara en su artículo 19 que el asegurador quedará liberado del pago de la prestación si el siniestro ha sido causado por mala fe del asegurado, eso sí, adviértase que la ley sanciona de este modo la conducta del asegurado pero no dice nada de la conducta del tomador del seguro (son múltiples las ocasiones en las que nuestro Tribunal Supremo ha tenido la ocasión de pronunciarse sobre el artículo 19 de la LCS, sirvan como botón de muestra sobre todo la STS de 29 de mayo de 1997 que unifica doctrina (RJ 1997, 3637). La STS de 1 de octubre de 1994 (RJ 1994, 7440) en la que se establece que la mala fe opera tanto en el aspecto subjetivo (la conducta del asegurado omitiendo toda referencia al tomador del seguro) como en el objetivo, al proyectar dicha conducta sobre la causa originadora del siniestro en el lugar de sobre el resultado.

En la senda de ese afán tuitivo y amparador del asegurado o en este caso del todavía solicitante del contrato de seguro, cierra la sección de los deberes precon-

tractuales del asegurador una norma que establece el deber de advertencia sobre el comienzo de la cobertura (artículo 2: 203). A pesar del laconismo de los términos, o de simple ambigüedad cuando no paternalismo, adviértase que el artículo empieza: “Si el solicitante, razonable pero equivocadamente, cree que la cobertura ...”, lo que es buen síntoma de que no existe una redacción clara y sencilla en algo tan esencial como es el comienzo efectivo de la garantía asegurada, dado que el precepto además presume que el solicitante cree que la cobertura se inicia desde el momento en que se envía la solicitud y el asegurador conoce o debería haber conocido dicha suposición, y obliga a este a advertir inmediatamente al solicitante que la cobertura comenzará cuando el contrato se concluya y, si es aplicable, cuando la primera prima haya sido abonada, a menos que se otorgue una cobertura preliminar. En ese afán protector y ante la ambigüedad de la esfera temporal de cobertura nuevamente la carga de la prueba se imputa al asegurador que ha de velar prácticamente por una razonable, cabal y completa comprensión de la esfera obligacional del contrato por parte del solicitante. No se ha perfeccionado todavía el contrato de seguro pero existen dudas, oscuridades, o tal vez ciertas ambigüedades en la redacción de las estipulaciones de la propuesta que atribuyen la carga a la entidad aseguradora de deshacerlas y le conmina a hacerlo diligentemente o de lo contrario pechará con idénticas consecuencias que tiene la carencia del deber de advertencia sobre inconsistencias en la cobertura. En aquella era la distonía entre riesgos, el declarado y el real no siendo consciente el solicitante de que la cobertura sería insuficiente, con lo que los principios obvian el hecho más que presumible de que el asegurado no quiera o no pueda estar plenamente cubierto por el coste del seguro, y en este la ignorancia o error de apreciación es de algo tan esencial cual es el inicio de la obligación de garantizar las coberturas de los riesgos asegurados y garantizados por la aseguradora. Lo que en los principios se denomina como periodo de responsabilidad, que no significa sino el periodo de cobertura.

Continúa próximo número de la revista N° 38

