

# **Discriminación por razón de sexo y prima del contrato de seguro**

## **Apuntes críticos a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala), de 1 de marzo de 2011, en el asunto C-236/09 (Association belge des Consommateurs Test-Achats ASBL y otros contra Conseil des ministres)\***

ABEL B. VEIGA COPO\*\*  
ALBERT SÁNCHEZ GRAELLS\*\*\*

### **SUMARIO**

1. Introducción
2. Reflexiones generales en torno a la discriminación por razón de sexo en la determinación de la prima de los contratos de seguro

Fecha de recepción: 23 de Marzo de 2011  
Fecha de aceptación: 1 Abril de 2011

\* Artículo que presenta los resultados de la investigación que hacen los autores desde una perspectiva analítica, interpretativa y crítica, de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala), de 1 de marzo de 2011, en el asunto C-236/09, sobre la discriminación por razón de sexo y prima del contrato de seguro.

\*\* Licenciado y Doctor en Derecho de la Universidad Pontificia Comillas de Madrid. Cursó los estudios de la Licenciatura en Ciencias Políticas y Sociología en la UNED. Docente 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). Es Profesor Agregado de Derecho Mercantil.

Correo electrónico: aveiga@upcomillas.es

\*\*\* Graduado en Derecho y Administración y Dirección de Empresas de la Universidad Antonio de Nebrija. Durante seis años ejerció la abogacía, especializándose en diversas áreas del Derecho de Empresa. Obtuvo su Doctorado Europeo en Derecho en la Universidad Autónoma de Madrid, realizando estancias de investigación en la Copenhagen Business School y la University of Oxford. Actualmente es docente en la Facultad de Derecho de la Universidad Pontificia Comillas, en el curso de Derecho Mercantil I.

Correo electrónico: asanchezgraells@der.upcomillas.es

3. Discriminación por razón de sexo y prima en la jurisprudencia comunitaria: la STJUE de 1 de marzo de 2011
4. Conclusión: Implicaciones prácticas de la futura invalidez de los mecanismos de determinación de la prima en función del sexo del asegurado

Bibliografía

## RESUMEN

La reciente Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala), de 1 de marzo de 2011, en el asunto C-236/09 (*Association belge des Consommateurs Test-Achats ASBL y otros contra Conseil des ministres*) viene a proscribir categóricamente y con carácter absoluto la discriminación por razón del sexo en la determinación de la prima de los contratos de seguro. En opinión de los autores, se trata de un avance indeseable en el desarrollo del derecho comunitario en materia de igualdad y, desde luego, un retroceso en la regulación técnica de los mecanismos asegurativos. Partiendo de algunas reflexiones generales sobre la determinación del riesgo (o aleas) asegurado, su medición y determinación (siquiera indirecta) mediante métodos estadístico-actuariales, los autores critican frontalmente la Sentencia del TJUE de 1 de marzo de 2011 y mantienen y justifican la importancia capital de la utilización del criterio del sexo del asegurado como factor de riesgo en aquellos seguros en que las personas de distinto sexo no presenten una identidad de riesgos.

**Palabras clave:** Tribunal de Justicia de la Unión Europea, discriminación, contratos de seguro, riesgo asegurado.

**Palabras clave descriptor:** Contrato de Seguros, Riesgo (Seguro)

## ABSTRACT

The recent Judgment of the European Court of Justice (Grand Chamber) of 1 March 2011, in case C-236/09 (*Association belge des Consommateurs Test-Achats ASBL and others v. Conseil des ministres*) imposes an absolute rejection of the use of sex as a determining factor in the assessment of risk and the setting of individuals' premiums and benefits in private insurance contracts. In the view of the authors, the Judgment constitutes an undesirable development in the *acquis* of EU anti-discrimination law and, most certainly, in the technical regulation of insurance mechanisms. After setting the analytical grounds on the basis of some general considerations regarding the definition and delineation of the insured risk (or aleas), its assessment and evaluation (even by indirect means) through statistical methods, the authors clearly criticise the ECJ Judgment of 1 March 2011 and advocate for and justify the capital importance of the use of sex as a determining factor in the

assessment of risk and the setting of individuals' premiums and benefits in private insurance contracts.

**Key words:** European Court of Justice, discrimination, insurance policy, insured risk.

**Key words plus:** Insurance contract, Risk (insurance)

## I. INTRODUCCIÓN

La utilización del criterio del sexo del asegurado como elemento de discriminación en la determinación de la prima de los contratos de seguro es una cuestión tan controvertida en el ámbito del debate sobre igualdad efectiva entre mujeres y hombres, como aceptada y ampliamente utilizada en el sector asegurador (tanto en su práctica como, fundamentalmente, en el conjunto de leyes y reglamentos vigentes en materia de seguros privados y su ordenación). Por tanto, es difícil encontrar un terreno de debate más fértil para explorar los límites de las políticas de tratamiento igualitario absoluto (o *tabula rasa*) que se vienen planteando en una “segunda oleada” y como superación de las políticas de discriminación positiva que constituyeron la “primera oleada” de instrumentos de lucha contra la discriminación y de promoción de políticas efectivas de igualdad entre sexos.

La reciente Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala), de 1 de marzo de 2011, en el asunto C-236/09 (*Association belge des Consommateurs Test-Achats ASBL y otros contra Conseil des ministres*) plantea precisamente el conflicto entre, de una parte, la posibilidad de tomar en consideración el sexo del asegurado como elemento de discriminación en la determinación de la prima de los contratos de seguro (de acuerdo con lo previsto en el artículo 5.2 de la Directiva del Consejo 2004/113/CE, de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro); y, de otra parte, una interpretación (quizá) maximalista del derecho a la igualdad de trato entre personas de distinto sexo que promueve un tratamiento igualitario absoluto entre hombres y mujeres sobre la base de los artículos 21 y 23 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea (actualmente constitucionalizados en virtud del artículo 6 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea). La flamante Sentencia del TJUE viene a proscribir categóricamente y con carácter absoluto la normativa y práctica aseguradora centrada en la discriminación por razón del sexo en la determinación de la prima de los contratos de seguro. En nuestra opinión, se trata de un avance indeseable en el desarrollo del derecho comunitario en materia de igualdad y,

desde luego, un retroceso en la regulación técnica de los mecanismos asegurativos, por las razones que expondremos en este comentario de urgencia a la Sentencia del TJUE de 1 de marzo de 2011.

Iniciaremos nuestro comentario con algunas reflexiones generales sobre la determinación del riesgo (o aleas) asegurado, su medición y determinación (siquiera indirecta) mediante métodos estadístico-actuariales y la importancia capital de la utilización del criterio del sexo del asegurado como factor de riesgo en aquellos seguros en que las personas de distinto sexo no presenten una identidad de riesgos (y, por tanto, deban incluirse en grupos de riesgo distintos en aplicación de una política cuidadosa de selección, recte, de verdadera antiselección de riesgos por la compañía aseguradora). Adicionalmente, veremos cómo esta opción regulatoria cabía (y debe caber) perfectamente en el marco de la Directiva 2004/133 y de la Ley Orgánica 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (*infra* 2). A continuación, sobre la base de los anteriores criterios hermenéuticos y funcionales, entraremos a glosar y cuestionar la Sentencia del TJUE de 1 de marzo de 2011 y la previa Opinión de la Abogado General Kokott de 30 de septiembre de 2010 (*infra* 3). Concluiremos brevemente con una síntesis de las implicaciones prácticas de necesidad de reforma legal derivadas de la Sentencia del TJUE (*infra* 4).

## 2. REFLEXIONES GENERALES EN TORNO A LA DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO EN LA DETERMINACIÓN DE LA PRIMA DE LOS CONTRATOS DE SEGURO

### a) Con carácter general, la relevancia del sexo del asegurado en la determinación del riesgo, su medición o determinación estadístico-actuarial y la correspondiente fijación de la prima

#### (i) La determinación del riesgo en el contrato de seguro

El riesgo en el contrato de seguro es cuando menos elemento fundamental<sup>1</sup>. Incide en la causa del contrato y como tal es esencial, elemento esencial<sup>2</sup>. El término riesgo *per se*

1 En cambio para FIORENTINO, *L'Assicurazione contro i danni, Parte Generale*, Napoli, 1949, pág. 48 el riesgo es uno de los presupuestos esenciales para la existencia de una válida relación asegurativa, y enfatizaba que era "presupuesto", pero no "elemento", como comúnmente es admitido, dado que el riesgo es "qualcosa che è fuori del rapporto assicurativo", que debe, preexistir al mismo y no "essere artificiosamente creato dal contratto". Para este autor, "riesgo" es una eventualidad desfavorable, la eventualidad de un daño, o más exactamente, la eventualidad de verificarse un evento económicamente dañoso en la esfera jurídica y económica de un sujeto, el asegurado. Vid. además el ya clásico estudio de KISCH, *Handbuch des Privatversicherungsrechts*, II, München, 1920, uno de los autores primeros que enfatizó la importancia del riesgo como médula o elemento nuclear del seguro y que el optaba por la denominación de *Versicherungsgefahr*; también en esta línea, BRAESS, *Versicherung und Risiko*, Wiesbaden, 1960, págs. 11 y ss., en la que considera como esencial y entidad del riesgo ha de observarse desde diferentes aspectos, aseverando además como: "Eine exakte Definition

y pese a las múltiples aproximaciones que a su concepto se hacen, es equívoco, complejo<sup>3</sup>. Su polisemia permite una disparidad de conceptos, aproximaciones, enfoques, descripciones y definiciones no siempre uniformes, siquiera desde la óptica jurídica, siquiera metajurídica<sup>4</sup>. No es concepto unívoco, tampoco sencillo<sup>5</sup>. Individualizar el riesgo no significa abstraerlo de otros elementos que participan en el contrato de seguro (dado que, simplemente, tal disociación no es posible). En efecto, riesgo, interés asegurado, objeto y bienes asegurados, valores y sumas aseguradas, son, sobre todo en

---

ist letztlich nur auf mathematischem Wege möglich", sobre la Risikomessung, véase de este mismo autor las pág. 19 y ss.; y más modernamente HENSSLER, *Risiko als Vertragsgegenstand*, Tübingen, 1994, pág. 12 y ss., autor que además profundiza en la visión contractual del riesgo de seguro.

- 2 Contundente entre otros, FANELLI, "Le Assicurazioni", en *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, (CICU/MESSINEO(Dirs.)), vol. XXXVI, t. 1, Milano, 1973, pág. 65 cuando señala como el elemento central de fenómeno asegurativo es indudablemente el riesgo. El riesgo está, de hecho, presente en todos los aspectos estructurales y funcionales del seguro, es el presupuesto fundamental del contrato, mas al mismo tiempo está presente en el objeto y, sobre todo, en la causa del contrato mismo. Sobre la causa del contrato de seguro vid. además CARRESI, "Osservazioni sulla causa dell'assicurazione", *Ass.*, 1960, I, pág. 120 y ss.
- 3 Confirman también esta impresión DONATI/VOLPE PUTZOLU, *Manuale di diritto delle assicurazioni*, 7ª ed., Milano, 2002, cuando aseveran en la pág. 120 como el problema de la definición del riesgo es a la vez complicado por los equívocos de naturaleza terminológica. Un término el de riesgo que no siempre se emplea de facto en el mismo sentido. Como bien señalan, por ejemplo, bajo el término riesgo se señala la simple posibilidad de que se verifique un determinado evento (concepto extraasegurativo del riesgo), pero también se entiende la posibilidad de que se verifique el evento previsto por el contrato que es el presupuesto de la prestación de la aseguradora (es el concepto de riesgo asegurado), pero también el término se emplea para indicar aquellos riesgos extraasegurativos que pueden ser cubiertos por el seguro (riesgo asegurable) y el mismo evento por el que nace la obligación de la aseguradora (riesgo verificado). Vid. asimismo en la doctrina alemana y sobre el concepto de riesgo la aportación de KARTEN, "Die Unsicherheit des Risikobegriffes. Zur Terminologie der Versicherungsbetriebslehre", *Versicherungsbetriebslehre. Kernfragen aus entscheidungsorientierter Sicht*, Karlsruhe, 2000, págs. 3-28.
- 4 Véase la aproximación al concepto y las clasificaciones así como la sucinta bibliografía sobre todo anglosajona de, LIMA REGO, *Contrato de seguro e terceiros*, Lisboa, 2010, pág. 68 y ss., notas 100 a 104.
- 5 Sobre el concepto de riesgo en el seguro, clásica la aportación de SCHMIDT, G., "Versuch einer Abgrenzung des Risikobegriffes in der Versicherungstechnik", *Beiträge zur Versicherungswissenschaft. Festgabe für Walter Rohrbeck zum 70. Geburtstag*, Berlin, 1955, pág. 415 y ss., quien analiza las distintas tablas de probabilidad del daño entre la incertidumbre y la imposibilidad.
- 6 Afirma FANELLI, *Le Assicurazioni*, *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, cit., pág. 72, como es el interés asegurado el objeto del riesgo, el bien el objeto del interés y el valor la medida —en términos económicos— del interés (y de los bienes) y, por consiguiente, del riesgo al que el interés está expuesto y con la aseguración, viene asumido por el asegurador.

los seguros contra daños, elementos estrechamente interrelacionados y coligados<sup>6</sup>. Sin seleccionar, concretar y delimitar debida pero sobre todo, objetivamente el riesgo real, es imposible una correcta tarificación, así como ponderación de los intereses en juego. Medir el riesgo es una premisa ineludible, como también definirlo toda vez que el mismo esté identificado, y sólo así, y siempre y cuando no se trasgreda la propia desnaturalización del riesgo ínsito a cada ramo de seguro, el contrato es viable, muestra su utilidad funcional, incluso social<sup>7</sup>.

El riesgo se compone a su vez de dos elementos, a saber, la posibilidad y el evento dañoso. Pero intrínsecamente a su lado se une el azar, el azar relativo que no absoluto, el que se ocupa de lo fortuito, de lo que nada tiene que ver con la intención de la persona que se asegura precisamente por el temor a sufrir ese daño, un daño que generará una necesidad, una *bedarf* económica<sup>8</sup>. La posibilidad significa que el riesgo se ha de referir a un evento futuro e incierto<sup>9</sup>. A su vez la graduación de la posibilidad se llama probabilidad, que es tanto menor cuanto más se acerca a la imposibilidad y tanto mayor cuanto más se acerca a la necesidad<sup>10</sup>. El evento dañoso implica *a priori* un evento desfavorable, perjudicial para el titular del interés<sup>11</sup>. Se habla incluso de riesgo

- 7 Desde una visión estricta del aseguramiento de riesgos no siempre medibles, HAX, "Wesen, Bedeutung und Gliederung der Versicherung", *Versicherungszyclopädie*, I, Wiesbaden, 1976, pág. 1 y ss., pág. 16 ofrece una definición en los siguientes términos económicos: "El seguro es la satisfacción de una necesidad pecuniaria, aisladamente incierta pero de mensurabilidad global, con base en una compensación de riesgos entre economías".
- 8 Estos son para GARRIGUES, *Contrato de seguro terrestre*, Madrid, 1983, pág. 12 y ss., lo que considera elementos del riesgo. Para BESSON, "Assurances", *Traité Pratique de Droit Civil Français, Tome XI-2, Contrats Civils*, [PLANIOL/RIPERT (Dir.)], Paris, 1954, pág. 615 todo seguro supone un riesgo. Y este es mismo el elemento esencial y fundamental de la operación que cubre contra los riesgos que el asegurado trata con el asegurador. La mayoría de las veces, el riesgo es un hecho "*malheureux, redouté*" contra las consecuencias dañosas que el asegurado ha "prémunir", otras veces es un hecho *heureux*.
- 9 Como bien indica SÁNCHEZ CALERO, "Artículo 4. Existencia del riesgo", *Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*, (SÁNCHEZ CALERO (Dir.)), Pamplona, 1999, (existe 4ª ed. 2010)..., pág. 115 la posibilidad es un juicio que resulta de los conocimientos del hombre y que se sitúa entre dos conceptos opuestos, como son el de la imposibilidad y el de la necesidad o certeza.
- 10 Para GARRIGUES, *Contrato de seguro terrestre*, cit., pág. 13, la posibilidad se traduce en un "estado de riesgo" y éste, a su vez, en una mayor o menor verosimilitud de que se produzca el siniestro; en una mayor o menor peligrosidad, a esto se llama "intensidad del riesgo". Ejemplo: la verosimilitud del incendio aumentará si se deposita pólvora o dinamita en una casa; la del robo si no se adoptan las medidas de conservación segura de las cosas.
- 11 Sobresaliente el estudio de NICOLAS, "Contribution à l'étude du risque dans le contrat d'assurance", RGDA, 1998, nº 4, pág. 637 y ss., sobre todo pág. 639 y ss., donde lleva a cabo un estudio diferenciador entre evento incierto, riesgo y garantía, distinguiendo entre sí todos y cada uno de los conceptos.

económico, o por mejor decir, de que la incertidumbre implícita en el riesgo, ha de ser una incertidumbre económica; lo cual, sin embargo, no puede aplicarse genéricamente a toda modalidad de seguro.

La cobertura del riesgo o riesgos puede llevarse a cabo bien de un modo sumamente restrictivo y *ad hoc*, parcelando y delimitando qué concretos riesgos se cubren y cuáles no, bien de un modo global y universal, abarcando un amplio espectro de riesgos bajo un único paraguas generalmente conocido como multirriesgo (hogar, industrial, accidentes, etc.). A ello únase la inveterada práctica de sobreprimir determinados riesgos por parte de las entidades, como modo elusivo, o cuando menos indirecto de rechazar ciertas coberturas. Las aseguradoras seleccionan y antiseleccionan a través de los clausulados aquellos riesgos que están dispuestas a cubrir, el problema es cuando la exclusión de los riesgos puede llevar a una desnaturalización del propio contrato de seguro que se ve privado entonces de su razón de ser<sup>12</sup>. En cierto modo el riesgo que interesa al contrato de seguro es el que está determinado en él, en la póliza o condicionado del contrato, —aquél riesgo que se aleja de posibilidades ciertas y se aproxima a meras probabilidades o incluso el que se parapeta en índices y tablas actuario-estadísticas—, pues es el contrato el que limita y delimita la modalidad o modalidades de riesgos que la entidad aseguradora cubrirá. Pero algo debe quedar claro en torno al riesgo, este es un elemento constante y presente a lo largo de toda la vida del seguro, cualesquiera seguro que éste sea. Sin riesgo no hay seguro, y si bien éste es fundamental analizarlo y determinarlo en el momento contractual, el mismo no pierde fuerza ni impasse contractual en toda la duración de la cobertura, pudiendo tanto agravarse como disminuirse, incluso desaparecer. Eso no es óbice a que existan algunas modalidades de seguro, como por ejemplo los multirriesgo hogar, asistencia sanitaria, los de transporte intermodal o el seguro marítimo, que descansan sobre el principio de la universalidad del riesgo, y en los que la cobertura se extiende a cualesquiera eventos dañosos para el interés asegurado excepto aquéllos que expresamente se excluyan en la póliza.

No todo hecho es asegurable, no todo riesgo se garantiza. Hechos asegurables y no asegurables, hechos que cumplen o deben cumplir con las condiciones de asegurabilidad que marca indefectiblemente la aseguradora a través de la antiselección del mismo<sup>13</sup>.

12 Como bien señaló en su momento BRUCK, *Das Privatversicherungsrecht*, cit., pág. 365, el riesgo que un asegurador asume no es igual que el que soporta el asegurado, antes bien, es artificial, nace del contrato de seguro. El del asegurado es indeterminado e inmediato, el de la aseguradora, es mediato y limitado al contrato.

13 Sobre las condiciones naturales del riesgo para ser asegurable, distinguiendo entre hecho asegurable y no asegurable vid. LASHERAS-SÁNZ, "Objeto cierto y causa lícita en la relación del seguro. El riesgo", RDP, 1952, XXXVI, págs. 1 a 24, pág. 3 quien distinguía una serie de condiciones tales como la objetividad o naturaleza aleatoria de los hechos, hechos que deben provenir de la causa externa y no puede ser comúnmente influido por la voluntad de quien directa o indirectamente haya de percibir los beneficios económicos del seguro. Una subjetividad que debe distinguir dos aspectos, de un lado la subjetividad genérica, pero específicamente objetiva.

No todo riesgo ha de ser objeto de cobertura, pero sí el natural, el inescindible a cada modalidad o rama aseguraticia, de modo que las exclusiones no desnaturalicen la esencia misma del contrato de seguro<sup>14</sup>. Delimitar el riesgo, sea positiva, sea negativamente, se convierte probablemente, en la médula misma de todo el contrato de seguro<sup>15</sup>.

El cómo se haga, el cómo se digan las cosas, el cómo se transcriban en los documentos contractuales marcará el derrotero interpretativo, litigioso o no, de la relación de seguro. Es lógico que al hablar de riesgos se haga referencia en primer lugar de riesgos genéricos, riesgos que hay y que habrá qué especificar, concretar, individualizar definiéndolos, mencionándolos, plasmándolos en el elenco de coberturas, sea incluso por exclusión. Los riesgos de la vida misma, los riesgos que afectan a la vida, a la sobrevivencia, a la salud de las personas. Labor y tarea que antecede al momento de perfección contractual. Cuáles son las circunstancias y las consecuencias de los riesgos. Qué hechos, qué actividades, qué estado concreto de salud, de dependencia son o no garantizados por el seguro, en qué circunstancias se cubre el riesgo, si solo con hechos de la circulación o no, qué consecuencias, si cubre la invalidez o incapacidad de trabajo o cualquier tipo de incapacidad. Si se cubren daños directos o incluso también los indirectos, materiales o no. En suma la actividad de definición del riesgo es nuclear en todo contrato de seguro, un punto de partida que si no existiere simplemente sería un hecho imposible el seguro.

No olvidemos que el riesgo, y ya en un plano más abstracto, amén de elemento esencial y connatural al seguro, pues sin aquél éste no sería tal, ha de existir en todo momento, antes, durante y si uno se apura, después, máxime cuando el siniestro no destruye la cosa u objeto de garantía. La nota del mismo es su constancia, con independencia de la intensidad de esta constancia, así como también su certeza a partir de un determinado momento. Definir el riesgo, significa conocer el riesgo, pero ¿quién conoce este

14 Como bien señalaba SANTORO-PASSARELLI, "La causa del contratto di assicurazioni", en *Studi sulle Assicurazioni. Raccolti in occasione del cinquantenario dell'istituto nazionale delle assicurazioni*, Roma, 1963, pág. 216 y ss., pág. 216 la función del seguro privado, y por tanto la causa del contrato de seguro, está en la cobertura del riesgo de una futura necesidad, por una prima. Puesto que tal función es efectuada por el seguro privado por medio de un reparto de los riesgos y costes correspondientes entre quienes se encuentran expuestos a los propios riesgos, esto es, trámite la mutualidad directa o trámite la mutualidad indirecta que se realiza por la empresa, la función del seguro privado no difiere sustancialmente de la función del seguro social.

15 Acertadamente HALPERIN, *Contrato de seguro*, 2ª ed., Buenos Aires, 1966, págs. 281 y 282 señala como todos los riesgos no son asegurables, siendo menester que reúna ciertos caracteres para su limitación e individualización, frecuencia, dispersión e intensidad. Individualización que viene dada por la vinculación causal, temporal, local y objetiva. Frecuencia, necesaria para la obtención de estadísticas que permitan establecer las probabilidades del siniestro. Dispersión, esto es, que el siniestro no afecte a una masa de personas o cosas al mismo tiempo: el riesgo no debe ser generalizado o universal, y, finalmente la intensidad o lo que es lo mismo, la variabilidad, dado que los riesgos pueden ser constantes o variables. La intensidad varía según la probabilidad y el grado de realización del riesgo. Incertidumbre, hechos futuros inciertos, mas la incertidumbre de la necesidad que funda el seguro sólo puede ser objetiva.

riesgo, la aseguradora o el potencial tomador, o incluso el asegurado?, ¿qué ocurre con un exceso de conocimiento, o lo que es peor, con un defecto? Excesos y defectos de información a la hora de predicar, pero también procurar a la vez, la necesaria e indispensable información al asegurado, la transversalidad transparente que todo seguro debe encerrar. Hablar de riesgo permite dualizar o diferenciar dos planos, uno más genérico, más inmerso en el mundo de lo posible, de lo meramente probable, y otro, más próximo y remoto que es el plano de lo cierto, de lo que es y va a ser en esa póliza o condicionado. Y en ellos los datos, las tablas, las estadísticas son fundamentales. Nos estamos refiriendo a la dualidad entre riesgo asegurable, que no asegurado, y riesgo garantizado y por tanto asegurado. Éste último es el riesgo real que la aseguradora va a asumir, riesgo que ha de ser constante, pero cuya intensidad o estado de riesgo fluctuará, bien agravándose, bien disminuyendo, incluso y lo que es peor, desapareciendo.

Riesgo asegurable y riesgo garantizado son dos planos que no pueden soslayarse, como el plano que separa la incertidumbre de lo cierto, lo previsible o probable de la necesidad<sup>16</sup>. Y garantizar un riesgo implica y significa, de un lado, predisposición de la aseguradora a cubrirlo, pero por otro también implica antiselección, discriminación, concreción y especificación de lo que verdaderamente está dispuesta a asumir la aseguradora, mas con un límite, el no desnaturalizar la finalidad aseguraticia de un contrato de seguro<sup>17</sup>. Perimetrar el riesgo que es objeto de garantía, implica positivizarlo, pero no a base de sustraerle esencia, contenido y naturaleza al contrato de seguro, y menos cuando el ramo o modalidad concreta del ramo en el que se inserta tal seguro, goza de cierta, al menos, consagración legal. Atentar contra esos mínimos que establece el legislador en la Ley del contrato de seguro cuando regula los nueve concretos seguros que en su momento se consideró como dignos de tutela y consagración legal, sería no lesivo, que probablemente sí lo fuere, sino ilegal<sup>18</sup>.

16 Clasificaba los riesgos asegurables LASHERAS-SANZ, "Objeto cierto y causa lícita en la relación del seguro. El riesgo", cit., pág. 8 atendiendo: a) a su carácter de ordinarios y extraordinarios; b) a su condición de estrictos, complementarios y suplementarios; c) al de su condición de asegurabilidad o no asegurabilidad; d) a la naturaleza del sujeto sobre que gravita el riesgo. En este caso pueden ser las personas, los bienes reales o simples cuestiones dinerarias surgidas por relaciones económicas o similares; según la periodicidad de su prestación; por la variabilidad automática de ellos.

17 Señala VASQUES, *Contrato de seguro*, Coimbra, 1999, págs. 105 y 106 como los límites del riesgo implican su concreción, y para valorar ese riesgo, han de contemplarse las siguientes perspectivas: a) previsibilidad, debe tratarse de un fenómeno conocido estadísticamente; b) mensurabilidad, sólo si fuera posible medir el riesgo éste podrá ser valorado y tarificado convenientemente; c) cuantificable, las consecuencias de su verificación deben ser evaluadas en dinero; d) accidental, el seguro permanece sin efecto si el siniestro fuera causado por el asegurado o por persona por quién se fuera civilmente responsable, de modo que la realización del riesgo debe ser fortuita y no dependiente de la voluntad humana.

18 Sobre el riesgo asegurable, vid. especialmente MAYAUX, "Le risque assurable", en *Traité de Droit des Assurances*, (BIGOT (Dir.)), Le Contrat D'Assurance, Tome 3, Paris, 2002, pág. 763 y ss.

El estado de riesgo así como su intensidad, esto es, la variabilidad del mismo, la probabilidad y grado de realización del riesgo no suele ser uniforme y constante a lo largo de todo el período de cobertura. Y ello con independencia de la frecuente aparición de divergencias entre el riesgo efectivamente declarado en la fase precontractual y el efectivamente existente o real en el momento de verificarse el siniestro, o en su antecedente inmediato. Antes bien, el riesgo es voluble, no está petrificado, las circunstancias que en parte no son otras sino las que se han tenido en cuenta para valorar y calibrar su asunción o no en el contrato de seguro, cambian. Así las cosas, base dualizar además el riesgo en constante o variable. En el primer supuesto estamos ante una homogeneidad uniforme a lo largo de la vida del seguro en cuanto a la probabilidad de que el riesgo se realice, o lo que es lo mismo, la probabilidad de que se verifique el siniestro es similar a lo largo del período o períodos de cobertura. Por el contrario cuando el riesgo es variable, la intensidad fluctúa a lo largo del periodo de cobertura, el mismo puede aumentar o disminuir, por lo que el estado de riesgo es diverso en la misma unidad temporal de cobertura, lo que explica que se pueda hablar de riesgos progresivos y riesgos degresivos<sup>19</sup>.

Lo normal es la constancia del riesgo con ciertos umbrales de disonancia pero mínimos, y si el mismo es variable o bruscamente variable lo suyo es que responda a cuestiones temporales. Es obvio que un seguro de vida como muchos otros de personas, sea variable, no constante. De otra parte, es evidente que la probabilidad de incendio, y máxime si se trata de incendios forestales crece exponencialmente en épocas estivales, pero no es menos cierto que, todos esos períodos estivales año tras año, el riesgo sigue siendo constante, pues la posibilidad de incendio está ahí, sin duda mayor que en invierno. En cambio en los seguros de vida el riesgo, que no es otro que la probabilidad de la muerte salvo la sobrevivencia en la otra modalidad, el riesgo suele ser progresivo cuando se supera la plurianualidad, lo que en suma, es tónica salvo que se pague una prima única para todo el contrato de seguro *ab initio*<sup>20</sup>.

En todo tipo o ramo de seguro, ya de cosas o daños, ya de personas, y entiéndase bien, tanto en los seguros voluntarios o convencionales, como en los seguros obligatorios, se procede a delimitar el concreto riesgo que es objeto de cobertura. Con carácter general pueden definirse las cláusulas delimitadoras como aquellas que sirven para definir y concretar el objeto del contrato del seguro de que se trate, de manera que todo acontecimiento o evento acaecido fuera de aquella delimitación, o que constituya una circunstancia de exclusión de cobertura, no tendrá la consideración de siniestro cubierto por la póliza. El riesgo constituye elemento esencial para la validez del contrato de seguro toda vez que integra su causa, puesto que la finalidad económica e incluso

19 En este punto, vid. a HALPERIN, *Contrato de seguro*, cit., pág. 284 que sigue a su vez la doctrina francesa de HÉMARD y BESSON y PICARD.

20 Así, también, HALPERIN, *Contrato de seguro*, cit., pág. 296 cuando señala como la uniformidad de la prima puede desorientar, pero debe tenerse en cuenta que la prima anual no es el precio del riesgo por ese período, sino un promedio superior al valor del riesgo en los primeros años, y luego inferior, recurso técnico para impedir que la prima progresivamente mayor llegue a ser un gravamen intolerable.

social que buscan las partes es precisamente la cobertura de un riesgo asegurado. Dada esta relevancia del riesgo para el contrato de seguro ha de comprenderse, en suma, lo esencial que resulta su individualización en relación con cada modalidad de seguro. Una individualización que se ha de llevar a cabo mediante la determinación de la naturaleza del evento o acontecimiento cuyas características son objeto de cobertura, sus causas y las circunstancias locales y temporales de su realización, así como el interés o intereses sobre los que el mismo ha de verificarse llegado el caso<sup>21</sup>.

De este modo se explica que la perfecta delimitación del riesgo influye no sólo en el momento de la conclusión del contrato, sino también durante la vida de la relación jurídica que surge del contrato, es decir, durante su ejecución. Es esta probablemente la operación más importante del seguro en la que se asienta el devenir mismo de la garantía cubierta. Es una operación lógica y secuencial, esencial en todo contrato de seguro. *Delimitar primero* y luego si acaso, *limitar*. Esa es la secuencia y esa ha de ser la lógica. Todo lo demás es tergiversar y desconocer la racionalidad del clausulado del contrato de seguro. Dos son, en definitiva, los elementos que delimitan el contenido de la obligación asumida por el asegurador, a saber, de un lado la propia descripción legal del riesgo y, por tanto, la definición de la cobertura natural a la que está llamada un seguro, y de otro lado, la disciplina convencional que se establezca sobre el particular dentro de los límites establecidos a la autonomía negocial.

Selección y antiselección de riesgos, de lo que está dispuesto a cubrir o no la entidad aseguradora y sobre los que los factores actuariales y estadísticos, sean estos multidimensionales o no, combinables y variables juegan un papel esencial e insustituible. La compra del riesgo no juega con la impredecibilidad absoluta, no puede hacerlo.

Es cierto que se ha llegado a señalar, no sin razón, que en los seguros de vida para caso de supervivencia, la delimitación del riesgo es incompatible con la naturaleza favorable del evento asegurado<sup>22</sup>. Conviene en suma no confundir la delimitación convencional del riesgo asegurado con la inclusión en el contrato de seguro de cláusulas limitativas de los derechos del asegurado. Es igualmente cierto que no podemos ignorar que las cláusulas contractuales que delimitan el riesgo mantienen relaciones fronterizas con las que limitan los derechos del asegurado e incluso, en ocasiones, con las que pueden lesionar sus intereses. Existe una notable confusión tanto doctrinal como jurisprudencial entre lo que se debe entender por cláusulas delimitadoras del riesgo, limitativas de derechos y por delimitación del riesgo. Así las cosas, no siempre es fácil trazar una divisoria entre este tipo de cláusulas, una frontera que resulta compleja si tenemos en cuenta además las distintas consecuencias que provoca la inclusión de una condición contractual en cada una de las categorías existentes. De hecho, no es aventurado partir de la premisa de que la limitación de los derechos presupone la afirma-

21 Un amplio análisis sobre la distinción entre riesgo y evento incierto en NICOLAS, "Contribution à l'étude du risque dans le contrat d'assurance", RGDA, 1998, nº 4, págs. 637 y ss., pág. 640.

22 En este mismo sentido DONATI/VOLPE, *Manuale*, cit., pág. 124.

ción de su existencia. Si no existieran esos derechos con anterioridad difícilmente podrían cercenarse en un momento ulterior. No obstante hemos de partir de una premisa clara y a la vez definitiva en aras de arrojar luz sobre unas cláusulas y otras, el ámbito de actuación de una cláusula delimitadora es precisamente la de concretar y delimitar el riesgo asegurado, por lo que no deben ser consideradas como cláusulas limitativas de los asegurados todas aquellas cláusulas que enerven esta función. Y si dentro de lo que es la delimitación del riesgo existen cláusulas que restringen o limitan derechos adquiridos precisamente por esa misma delimitación o que son amparados por una ley imperativa, o que pueden ser contrarias a la buena fe y al justo equilibrio de las prestaciones de los contratantes, esas cláusulas deberán catalogarse como cláusulas lesivas pues ni delimitan ni limitan los derechos de los asegurados, simplemente son la manifestación más ostensible de los desproporcionado, inicuo, abusivo.

Así las cosas, las cláusulas delimitadoras del riesgo no constituyen, en puridad, cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados, por lo que integran el contenido del contrato sin necesidad de la observancia de los especiales requisitos de incorporación que exigen éstas. Ni han de resaltarse ni han de estar aceptadas específicamente por el tomador del seguro, si bien lo recomendable es evitar su dispersión más o menos diluida e incluso disimulada a lo largo del clausulado. Lo suyo es su agrupación bajo un rótulo o encabezamiento propio y cerrado, si bien la realidad nos enseña que la práctica va por otros derroteros<sup>23</sup>. Ahora bien, ello no debe ser óbice para que la delimitación del riesgo, en aras de ser una genuina delimitación, deba ser concreta y claramente determinada, siendo desarrollada en lo sucesivo a través de las cláusulas generales, particulares y especiales. Esto significa que la delimitación puede situarse perfectamente, o si se prefiere es tolerable que se residencie, en cualquiera de esas cláusulas, siendo lo suyo que existan incluso a través de los distintos apartados que contenga la póliza o el condicionado, pues allí donde se hable de la duración material del contrato habrá una delimitación temporal, en el apartado de franquicia habrá igualmente delimitaciones, en las descripciones del riesgo, en las garantías y sumas aseguradas también se delimitará el riesgo. Una cosa es lo deseable y otro lo real, lo acostumbrado.

Individualizado el riesgo, ello no significa que pueda ser asegurado *"en todo caso y para siempre, o sea, de todos modos, en cualquier lugar o tiempo en que se verifique"*<sup>24</sup>. Habrá que delimitarlo desde una triple, al menos, perspectiva: causal, temporal y espacial. Las cláusulas de delimitación del riesgo se refieren en lo fundamental a la cobertura objetiva o material pero también y, en no menor importancia aunque sí con un matiz accesorio, se han de referir a otras circunstancias de muy diversa índole, por lo que no ha de extrañarnos que la delimitación sea tanto objetiva, como subjetiva, temporal, cuantitativa, geográfica o incluso jurídica, como tendremos ocasión de desarrollar. Son las cláusulas que dan vida y motivo a la delimitación del riesgo. Es más, la práctica de

23 Véase la interesante aportación que hace LARRAYA RUIZ, *Las cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados, Artículo 3.1 de la Ley 50/1980, de Contrato de Seguro*, Elcano, 2001, pág. 147.

24 Vid. DONATI, *Trattato del diritto delle assicurazioni private*, II, Milano, 1956, pág. 145.

delimitar el riesgo con base a hechos vinculados a la actividad del asegurado se halla muy extendida en la actualidad tanto en las pólizas de seguro de responsabilidad civil como en la mayoría de pólizas multirriesgo del hogar cuando las mismas delimitan la responsabilidad civil asegurada<sup>25</sup>. Cumplidas las dos etapas —individualización y delimitación del riesgo— éste queda determinado, lo cual significa que sólo a partir de este momento será factible establecer cuál es el riesgo asegurado y, por lo tanto, cuál el evento que servirá de antecedente o presupuesto determinante de la existencia de la obligación principal que deberá ejecutar el asegurador. Su validez no queda sujeta a específicos requisitos, sino a los comunes y genéricos de redacción clara y precisa ex artículo 3 de la LCS<sup>26</sup>. En la lógica contractual, o por mejor decir, en el *iter* contractual, la delimitación del riesgo es anterior al propio contrato, pues antes habrá que delimitar las concretas fronteras del seguro, precediendo por tanto al nacimiento de los derechos y obligaciones del contrato. La concreción del riesgo asegurado no supone limitación en los derechos del asegurado, sino dar vida a la relación jurídica de seguro con base a un riesgo y un estado de riesgo delimitado, fijado y aceptado por ambas partes, o en cierto sentido, medio impuesto por la entidad aseguradora<sup>27</sup>.

Con la delimitación se procede en cierta medida a discriminar el riesgo garantizado de lo que es en puridad riesgo no garantizado, y por ende, se procede a trazar los umbrales, los marcos y los límites de lo que es la cobertura eficaz de ese específico contrato de seguro. En efecto, una vez que el solicitante del seguro y la aseguradora concreten exactamente lo que realmente se asegura, así como, qué riesgo o riesgos son objeto de cobertura, nacen los derechos y obligaciones para las partes que han perfeccionado el contrato una vez que el solicitante, ahora tomador, acepta la oferta de seguro que le ha propuesto la entidad aseguradora o su agente. Si antes no se delimita el riesgo, secuencialmente es harto imposible que surjan los derechos del asegurado. En cambio, una vez nacidos éstos, toda restricción ulterior será una limitación de derechos<sup>28</sup>. Ha de

25 En este sentido SÁNCHEZ CALERO, *Ley de Contrato de Seguro*, cit., pág. 1251 y ss.; LA CASA GARCÍA, "Las exclusiones personales de la cobertura en el seguro de responsabilidad civil", DN, 2001, n° 133, pág. 1 y ss., pág. 2; BECH SERRAT, "Comentario a la STS de 26 de junio de 2003 (RJ 2003, 4309)", CCJC, 2004, n° 64, pág. 315 y ss., pág. 321.

26 En este sentido, TAPIA HERMIDA, "Aspectos polémicos del seguro de responsabilidad civil. Reflexiones sobre la jurisprudencia reciente", RDM, 1999, n° 233, pág. 977 y ss., pág. 983.

27 Vid. entre otras las STS de 8 de junio de 1992 RJ 5170, y de 5 de junio de 1997, RJ 4607. como bien señala FONT RIBAS, "Estudio introductorio", en *Contrato de Seguro: Exclusión de cobertura y cláusulas limitativas*, Barcelona, 1998, pág. 13-60, pág. 63, es un prius lógico, los derechos de los asegurados pueden restringirse después de la delimitación del riesgo, no antes, ya que no han sido creados.

28 Son interesantes al respecto las reflexiones de CARMONA RUANO, "Las cláusulas definitorias y las cláusulas limitativas del contrato de seguro", *Revista Española de Seguros*, 1997, 89, págs. 69-140, especialmente pág. 83; para FONT RIBAS, "Estudio introductorio", cit., pág. 39, la delimitación del riesgo (que comprende la doble tarea de la individualización y la determinación de la base objetiva del riesgo) entendida como finalidad del seguro, precede al nacimiento de los derechos y obligaciones del contrato.

destacarse que así como últimamente se ha propuesto una ubicación específica de las cláusulas delimitativas, como ya hemos señalado, respecto de las limitativas, éstas pueden encontrarse insertas a lo largo de toda la póliza, tanto entre las condiciones generales, como en las particulares o incluso en las especiales, mas eso sí, no suelen ni deberían estar entre las cláusulas que delimitan el riesgo<sup>29</sup>. Las aseguradoras seleccionan y antiseleccionan a través de los clausulados aquellos riesgos que están dispuestas a cubrir, el problema es cuando la exclusión de los riesgos puede llevar a una desnaturalización del propio contrato de seguro que se ve privado entonces de su razón de ser<sup>30</sup>. En cierto modo el riesgo que interesa al contrato de seguro es el que está determinado en él, en la póliza o condicionado del contrato, —aquél riesgo que se aleja de posibilidades ciertas y se aproxima a meras probabilidades o incluso el que se parapeta en índices y tablas actuario-estadísticas—, pues es el contrato el que limita y delimita la modalidad o modalidades de riesgos que la entidad aseguradora cubrirá. Pero algo debe quedar claro entorno al riesgo, este es un elemento constante y presente a lo largo de toda la vida del seguro, cualesquiera seguro que éste sea. Sin riesgo no hay seguro, y si bien éste es fundamental analizarlo y determinarlo en el momento contractual, el mismo no pierde fuerza ni impasse contractual en toda la duración de la cobertura, pudiendo tanto agravarse como disminuirse, incluso desaparecer.

**(ii) *La determinación del riesgo y su vinculación a la conducta del asegurado (antiselección e incentivos para la adopción de conductas preventivas del siniestro)***

La aversión al riesgo, a sufrir las consecuencias dañinas de un determinado evento o suceso sobre el patrimonio o sobre la propia persona ha generalizado pero también, democratizado, la extensión y amplitud del contrato de seguro<sup>31</sup>. La propia existencia humana rehúye o por el contrario busca cobijo ante las situaciones de riesgo<sup>32</sup>. La aversión

29 En este mismo sentido LARRAYA RUIZ, *Las cláusulas limitativas de los derechos del asegurado*, cit., pág. 186. No obstante ya hemos señalado anteriormente cómo CARMONA RUANO, cit., pág. 85 califica las cláusulas limitativas como una subespecie de las definitorias del objeto del seguro, con lo que implícitamente las sitúa entre las delimitadoras del riesgo. También MARINA GARCÍA-TUÑÓN, "El modelo de control sobre condiciones generales de la contratación en el Derecho contractual del Seguro", CDC, 1991, n° 10, pág. 49 ss., pág. 78.

30 Como bien señaló en su momento BRUCK, *Das Privatversicherungsrecht*, cit., pág. 365, el riesgo que un asegurador asume no es igual que el que soporta el asegurado, antes bien, es artificial, nace del contrato de seguro. El del asegurado es indeterminado e inmediato, el de la aseguradora, es mediato y limitado al contrato.

31 Escribía en su momento HALPERIN, *Contrato de seguro*, cit., pág. 15 que el seguro además de sus virtudes morales, crea seguridad, capitales y crédito. Reproduce además el autor una cita de Hemard, en la que se plasmaba como el seguro aumenta en el asegurado el sentimiento de su libertad, su independencia y de su responsabilidad. Hoy probablemente todo esto sea superfluo para el tomador, si bien el sentimiento de seguridad ante un daño patrimonial o físico sigue gozando de virtualidad y estabilidad.

32 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

al riesgo del asegurado se cohonestar con la selección adversa de la aseguradora, o más bien la antiselección de los riesgos, dado que para éste resulta imposible *ex ante* distinguir los diversos riesgos que existen en la fase inmediatamente anterior a la cobertura contractual; situación radicalmente diferente a la asimetría informativa como es el *moral hazard* en el que el oportunismo contractual y la imposibilidad de la aseguradora de observar el comportamiento y la actitud del asegurado después de concertar el seguro, hacen que la selección y delimitación del riesgo asegurable marquen los umbrales negociales y por extensión las obligaciones<sup>33</sup>. En efecto, una vez perfeccionado el contrato de seguro el comportamiento del tomador, o en su caso, del asegurado puede variar, y hacerlo asumiendo riesgos que de no estar asegurado simplemente evitaría, de modo que, en cierto sentido, el hecho de haber contratado un seguro le incentiva a no prevenir esas contingencias y no ser averso o cuando menos cauto ante el riesgo. Máxima ésta que quizá tiene toda su virtualidad en los seguros contra daños y no así en los de personas, sobre todo en los de vida, en los que tratándose de bienes insustituibles como son la propia existencia humana y la salud es harto difícil que el asegurado no trate de prevenir igualmente esos riesgos<sup>34</sup>.

El que el contrato sea aleatorio no impide que la técnica aseguraticia sea cada vez menos aleatoria o si se prefiere antialeatoria<sup>35</sup>. Las aseguradoras no pueden prescindir de

---

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 ROTHSCCHILD/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. HARRINGTON/NIEHAUS, *Risk management and insurance*, Irwin McGraw-Hill, New York/Columbia, 1999 [2ª ed. 2003], pág. 170 y ss., y especialmente capítulo tercero (pág. 31 y ss.) donde se realiza un vivo análisis de la *identification risk* desde la óptica del management y los famosos cinco pasos a tener en cuenta, 1) la identificación de todos los significativos riesgos que pueden causar pérdidas, 2) la evaluación de todas las potenciales frecuencias de severidad de esas pérdidas, 3) desarrollo y selección de métodos de managing risk, 4) la implementación de los sistemas de gestión del riesgo elegidos y sus métodos y 5) una supervisión continua de la adecuación y eficacia de los métodos y estrategias de gestión del riesgo elegidas.

- 33 Recuerda CESERANI, "Rappresentazione del rischio, asimmetria informativa ed uberrima fides: diritto italiano e diritto inglese a confronto", *Dir. ed econ. dell'assicuraz.*, 2009, nº 1, pág. 151 y ss., pág. 164 como el hecho de que el asegurador no sea puesto en grado de poder distinguir correctamente el específico perfil del riesgo de cada asegurado y por consiguiente de establecer un "tasso" de prima que refleje la esperanza matemática de daño medio de la clase de riesgo para los que se calcula y cobre, se viene a crear una situación en la cual los asegurados con diversos perfiles de riesgo vendrán a pagar una idéntica prima media, produciéndose de este modo una subvención "incrociata"

los aspectos técnicos ni de la dimensión estadística y por tanto antialeatoria, pero el contrato, la plasmación de la actividad empresarial sí se basa en cambio en la aleatoriedad<sup>36</sup>. Tampoco que el dogma de la aleatoriedad sea siquiera cuestionado cuando no blasonada una idea de dilución del propio concepto o noción de aleas<sup>37</sup>.

(crosssubsidy) por los asegurados en base a un perfil de riesgo distinto de aquellos de elevada "rischiosità".

- 34 Desde una óptica eminentemente actuarial, se pronuncia sobre la incidencia del riesgo moral y selección adversa, DE PAZ COBO/CARO CARRETERO/LÓPEZ ZAFRA, *El principio de igualdad sexual en el seguro de salud*, cit., pág. 19 y ss., que señalan como la solución ideal al problema consistiría en que la aseguradora verificase el comportamiento del asegurado y adecuase la prima en función del esfuerzo que éste realizó para salvaguardar su integridad física o propiedad. Solución esta que, sin embargo no es factible, dado que *ex post*, el asegurado posee información privada acerca de su comportamiento que la aseguradora difícilmente puede verificar o monitorizar. Recuerdan los autores como las aseguradoras tradicionalmente han utilizado las franquicias para desincentivar comportamientos típicos de riesgo moral, haciendo en suma que el asegurado soporte una parte de los daños, los planes de bonificaciones, así como los métodos de clasificación de riesgos en el sentido de excluir de cobertura y fijar un importe de prima más alto para el caso de comportamientos especialmente arriesgados.
- 35 Señalaba con gran plasticidad GARRIGUES, *Contrato de Seguro de Terrestre*, cit., pág. 12 y ss., como entre los elementos del riesgo no sólo había que ponderar la posibilidad e incertidumbre, también el azar y la necesidad, *bedarf*, la necesidad económica. Así, aseveraba (pág. 13) "si la esencia del seguro consiste en poner lo seguro en lugar de lo inseguro, lógicamente, para que exista la institución tiene que haber alguna inseguridad o "incertidumbre". Nadie busca un seguro contra acontecimientos imposibles; nadie lo concede contra acontecimientos ciertos. Esta es la postura lógica inversa del asegurado y asegurador. Sólo se concibe un contrato de seguro cuando ambas partes o una de ellas desconoce, o bien la posibilidad, o bien la necesidad del hecho temido". Por su parte, autores más antiguos señalaban, como es el caso de ÁLVAREZ DEL MANZANO/BONILLA/MIÑANA, *Tratado de Derecho Mercantil Español*, II, Madrid, 1916, pág. 338, como la base científica del seguro estaba en el cálculo de probabilidades, entendiendo por probabilidad, la relación entre el número de casos favorables a un determinado suceso y el número total de casos posibles. Argüían como (pág. 336) en los cálculos mercantiles, como en todos los cálculos humanos, entra siempre un elemento *aleatorio* que no se debe despreciar.
- 36 Señalaba con acierto BESSON, "Assurances", *Traité Pratique de Droit Civil Français, Tome XI-2, Contrats Civils*, [PLANIOL/RIPERT (Dirs.)], Paris, 1954, pág. 614 como en el seguro debe sobresalir el aspecto técnico en la definición. El seguro no puede existir sin una empresa que se organice técnica y científicamente. Una empresa que agrupa y compensa multitud de riesgos y no un contrato aislado. Es una suerte de intermediario que se encarga de gestionar los fondos comunes de una vasta mutualidad, que recibe las primas de un gran número de asegurados y que reparte a aquellos que son objeto de siniestro. Apelaba en suma, a la ley de la estadística.
- 37 Parte de una cierta subjetivación además de una desagregación del aleas, BERTOLASO, "L'alea en droit des assurances: état des lieux et perspectives", RGDA, 2009, n° 2, pág. 431 y ss., págs. 434 y 434 que además advierte como este doble movimiento limita las hipótesis de ausencia de aleas y reduce los obstáculos a la garantía.

Riesgo jurídico o contractual no es, *per se*, incompatible ni inconciliable con riesgo económico<sup>38</sup>. Aleatoriedad, *aleas* y base actuarial no son sinónimos, antes bien, se complementan y complementan en el contrato de seguro<sup>39</sup>. La contingencia del riesgo, su cálculo, su previsibilidad no puede sino descansar en lo mutuo y lo estadístico<sup>40</sup>. No puede ignorarse que el *aleas* o la aleatoriedad es una noción de difícil comprensión, a la que además se une la vieja problemática mal resuelta de situar el momento temporal en el que el *aleas* es susceptible de ser exigido, pues, ¿sólo en el momento de la perfección del contrato, incluso en la fase precontractual, o acaso ha de exigirse además durante la vida de la relación jurídica hasta el hecho mismo desencadenante del siniestro?, ¿acaso ha de ignorarse que el legislador impone la inasegurabilidad del siniestro doloso o voluntario—dejando ahora al margen el supuesto siempre especial del aseguramiento del suicidio—?<sup>41</sup> Como opera a su vez el *alea* en los riesgos únicos, en los riesgos

38 Sobre la aleatoriedad en el contrato de seguro pocos han tratado este carácter con la maestría de GAMBINO, *L'assicurazione nella teoria dei contratti aleatori*, Milano, 1964, pág. 12 quien señala que si se admite la naturaleza aleatoria del contrato de seguro es imprescindible situar el negocio en el ámbito de la categoría de los contratos aleatorios, al fin de individualizar las características, las funciones y los específicos elementos estructurales del seguro en relación, de un lado, con la genérica función y estructura aleatoria, y, por otro lado, con los elementos distintivos de los otros negocios comprendidos en la categoría. Vid. además SCALFI, *Corrispettività ed alea nei contratti*, Milano, 1960, pág. 112 y ss.; y en relación con el juego, véase asimismo el trabajo de BUTTARO, *Del gioco e della scommessa*, en Commentario Scialoja e Branca, artt. 1933-1935, Bologna-Roma, 1959, pág. 72 y ss. Afirma LIMA REGO, *Contrato de seguro e terceiros*, cit., pág. 149 como la exogeneidad es una característica principal y particular del *alea* o riesgo propio de los contratos aleatorios como es el propio juego o el seguro y que lo diferencia del *alea* del resto de contratos en general. Así las cosas, el riesgo característicos de los contratos de seguro es creado de la nada por el propio contrato, con un *intuitu* lúdico o especulativo de tal modo que el riesgo en el seguro es anterior e independiente del contrato.

39 Señalaba con cierto escepticismo y no menores dudas en su momento SANTOS BRIZ, “Notas sobre los contratos de trabajo y del seguro como figuras negociales del derecho privado”, RDP, 1964, pág. 510 a 521, pág. 517 como la consideración sistemática del seguro como contrato aleatorio ofrece importantes reparos o, al menos, ha sido absorbida por otras notas que hoy le caracterizan. En cierto sentido subsumía el citado autor el *alea* en el negocio de crédito que subyacía en el seguro. Magistralmente, GAMBINO, *L'assicurazione nella teoria dei contratti aleatori*, cit., pág. 57 y ss.

40 Véase la reciente aportación de BOARDMAN, “Risk data in insurance interpretation”, *Conn. Ins. L. J.*, 2009-2010, n° 16, pág. 157 y ss. que afirma, pág. 158: “Insurance companies use facts about past risks—actuarial data—in essential ways. The data are at the crux of creating the product (what risks to cover, at what cost) and clearing regulatory hurdles to selling the product (proving that they are charging enough but not too much). Given the centrality of the data in the drafting, pricing, and legitimizing of insurance policies, it is peculiar that courts, insurers, and policyholders tend to ignore it when the time comes to interpret and apply a policy in court”.

41 Salva este escollo BERTOLASO, “L'alea en droit des assurances: état des lieux et perspectives”, cit., pág. 433 cuando señala como al margen de esta inasegurabilidad no sólo se encuentra el hecho del suicidio, también ciertos seguros así como ciertos

difícilmente medibles o mensurables, es una ecuación todavía no resuelta de modo uniforme en la doctrina. Hay seguros, *recte*, riesgos sobre los que todavía no se disponen de datos estadísticos<sup>42</sup>. Y otros sobre los que la ley, o incluso las directivas comunitarias imponen un tratamiento uniforme y uniformizador. Sirva como botón de ejemplo el tratamiento por no discriminación de sexo a la hora de tarificar el seguro que adoptó polémicamente en todo caso la Directiva 2004/113/CE y que ha venido a reforzar (*rectius*, a imponer con carácter absoluto) la polémica Sentencia del TJUE de 1 de marzo de 2011 en la que centramos nuestra atención.

La aleatoriedad es típica del contrato de seguro, pero no de la operación económica de seguro, dado que el objetivo de una aseguradora es precisamente evitar la aleatoriedad<sup>43</sup>. Que el contrato o la estructura negocial del seguro sea aleatoria no se contradice con el hecho de que la técnica aseguradora busque huir precisamente de la aleatoriedad<sup>44</sup>. Y aleatorio es el contrato en cualesquiera de sus modalidades o ramas en

---

contextos, en los que la ausencia de seguro de siniestro voluntario provocaría a la postre una actitud discriminatoria sobre todo si se tienen en cuenta los beneficiarios de la garantía. O los propios seguros de responsabilidad civil donde la suerte de las víctimas ante hechos intencionales es demasiado menos “enviables” que la de las víctimas de hechos no intencionales, donde el rechazo de la garantía hecha por el aleas cobra matices singulares en uno y otro supuesto.

- 42 La doctrina ha propuesto en estos casos el recurso a ajustar el coste del seguro a través de variaciones en la prima, es lo que se conoce en la doctrina alemana como *Prämienanpassungsklauseln*. Indispensable el recurso a DIEDERICH, *Prämienanpassungsklauseln in der privaten Versicherungswirtschaft. Eine Analyse ihrer gesamtwirtschaftlichen Wirkungen*, Mainz, 1980, pág. 21 y ss.; LIPPERHEIDE, “Prämienanpassungsklauseln”, *Handwörterbuch der Versicherung*, [FARNY/HELTEN/ KOCH/ SCHMIDT(Hrsg.)], Karlsruhe, 1988, pág. 541 y ss. Así mismo, BECKMANN, *Die Zulässigkeit von Preis- und Prämienanpassungsklauseln nach dem AGB-Gesetz*, Karlsruhe, 1990; HARRER, *en Berliner Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz*, [HONSELL(Hrsg.)], Zurich, 1998, pág. 531 y ss.
- 43 Desde una perspectiva económica aciertan MARÍN GARCÍA/SÁNCHEZ ÁLVAREZ, “Seguro obligatorio”, en *Tratado de responsabilidad civil del fabricante*, (SALVADOR CODERCH/GÓMEZ POMAR(edit.), Cizur Menor, 2008, pág. 895 y ss., pág. 905 cuando señalan que los eventos individuales son aleatorios y, por tanto, impredecibles, pero la media de ellos sí que puede ser predicha. Y sobre este particular apuntan los propios autores a PINDYCK/ RUBINFELD, *Microeconomics*, 5ª ed., New Jersey, 2001, pág. 163. Véase también el análisis sobre el alea aunque llevado al contrato de reaseguro de FRANÇOIS, “La nature de l’aléa dans une convention de réassurance”, *RGAT*, 1994, pág. 419 y ss.
- 44 Como bien señaló VITERBO, “Il contratto d’assicurazione”, *Riv. Dir. Comm.*, 1932, I, pág. 40 y ss., pág. 61, en su distinción entre los dos contratos aleatorios por antonomasia, el seguro y el juego, no lo hace en la estructura del negocio, tampoco en el objeto o en la naturaleza de la condición, sino en la causa, en la función que desempeñan ambos contratos. De este modo en el juego, el riesgo es artificial, en el seguro, la condición es el nacimiento de la necesidad que satisface, necesidad presente en todos los ramos de seguro. Siguiendo a este autor HALPERIN, *Contrato de seguro*, cit., pág. 27 afirma

que tradicional pero también legalmente al menos desde el punto de vista de la ordenación y la supervisión se divide el seguro<sup>45</sup>. Bien es verdad que se ha planteado la dualidad de si es factible hablar de un riesgo de seguro anterior a la perfección misma del contrato *per se*. En efecto, la nota de la exogenidad del riesgo de seguro lo diferencia del *aleas* o riesgo contractual propio de los contratos aleatorios. Se dice y con acierto, que el riesgo característico de los contratos aleatorios es típicamente creado a partir de nada por el propio contrato, con un matiz o sentido especialmente especulativo o lúdico, y en el contrato de seguro, en cierto modo puede aseverarse que el riesgo es anterior e independiente del contrato, con lo que por otro lado, la anterioridad e independencia del riesgo aboga por una clara distinción entre riesgo y *aleas*<sup>46</sup>.

Y es que, a la postre, el fundamento del seguro se sustenta en dos grandes pilares: la mutualidad y la estadística<sup>47</sup>. La técnica del seguro es consciente que el riesgo en los

---

como la diferencia radica entonces no sólo en que el jugador es artífice de su suerte, y en el seguro se defiende contra el peligro no querido, sino también en la función que desempeña uno y otro contrato, y que justifica al seguro y hace reprochable al juego. Imprescindible también la obra de MOTA PINTO/PINTO MONTEIRO/CALVÃO DA SILVA, *Jogo e aposta. Subsídios de fundamentação ética e histórico-jurídica*, Coimbra, 1982, pág. 20 y ss., sobre todo pág. 24 donde distinguen los autores entre seguro y juego en base a la naturaleza exógena del riesgo de seguro por oposición a la naturaleza endógena del riesgo propio del juego y del resto de contratos aleatorios.

- 45 De nuevo señala GAMBINO, *L'assicurazione nella teoria dei contratti aleatori*, cit., pág. 235 respecto de los seguros de vida como la aleatoriedad del contrato se refleja en formas diversas. Así y bajo el perfil de la prestación del asegurado, a menos que se hubiere pactado una prima única inicialmente, el evento aleatorio determina la medida de la prestación. El vínculo del asegurado está ligado de facto a un evento esencialmente incierto, cuál es la permanencia en vida o no de la persona contemplada al vencimiento prefijado. Bajo tal perfil, salvada la hipótesis de prima única, la esencial incertidumbre propia de la función aleatoria se caracteriza por la creación de una expectativa jurídica del asegurador y de un vínculo del asegurado a una pluralidad de cambios jurídicos periódicos dependientes de un evento incierto.
- 46 Sobre este particular, ampliamente LIMA REGO, *Contrato de seguro e terceiros*, cit., pág. 149 y ss.
- 47 Así lo aseveraba con maestría HALPERIN, *Contrato de seguro*, cit, pág. 13 y ss., para quien el contrato de seguro se fundaba en ambas notas. El requisito de la estadística porque el riesgo asumido debe tener cierta frecuencia en relación a la masa de asegurados, respecto de la cual es menester que el siniestro aparezca con la mayor certeza posible. Para este autor la estadística sólo puede ser eficaz para hechos que se repitan con regularidad y constancia determinadas, porque el azar, observado en grandes masas, obedece a la ley de los grandes números. Y continúa esa senda del maestro argentino, STIGLITZ, *Temas de derecho de seguros*, cit., pág. 40 cuando tras reafirmar que el contrato de seguro se funda en la mutualidad y la estadística, señala que ésta última se apoya (o explica) en que el riesgo afrontado se verifique (siniestro) con cierta frecuencia en relación a la masa de asegurados. El riesgo debe ser apreciado. Si no se verifica o sucede no hay modo posible de apreciación. Si lo hace repetida y constantemente, deja de ser incierto. Sólo así es explicable la utilidad de la estadística, la repetición regular

seguros contra daños depende de dos variables aleatorias, ambas autónomas y diferenciadas *per se*, a saber, los siniestros, su número en suma, y por otro lado la cuantía de esos siniestros<sup>48</sup>. Sin embargo, en los seguros de vida, la valoración del riesgo o cálculo de la prima cuando lo que se asegura es la propia vida, está interconectada a otros factores, tales como la biometría, la estadística actuarial, el estudio de la población, etc.

La hipótesis estadística tiene que referirse necesariamente a riesgos de naturaleza semejante, de valor y duración homogénea, pero también, como bien se ha señalado, fundarse en la dispersión del riesgo, es decir, que no se trate de riesgos generalizados<sup>49</sup>. Riesgos éstos que en realidad serían extraordinarios (terremotos, inundaciones, ...) y no ordinarios y técnicamente no asegurables por las aseguradoras privadas salvo que así lo dispusiesen. Y es que, en base a las reglas y leyes estadísticas se puede calcular la frecuencia del riesgo por unidad de tiempo. Al concluir cada unidad temporal la estadística es capaz de ofrecer el número de hechos realmente verificados frente a aquellos que pudieron verificarse<sup>50</sup>.

### **(iii) La fijación de la prima en función del riesgo y de su determinación**

El cálculo del coste del seguro, la prima, está intrínsecamente ligada a la valoración o determinación del riesgo. El asegurador necesita un *minimum* óptimo aceptable para valorar todos los extremos, todos los datos, sin incurrir en cuantiosas y costosas investigaciones, así como en dilaciones innecesarias de cara a una ágil contratación. Es cierto que el asegurado se encuentra más próximo al riesgo, y desde luego es quien mejor

(no constante). Refiriéndose ésta siempre a riesgos cuyo objeto, valor y duración sean de naturaleza homogénea, y fundarse en su dispersión (difusión) y no en su generalización (concentración en un mismo riesgo). La mutualidad de asegurados es el efecto de la agrupación de riesgos que tiene, por finalidad, la constitución de un fondo de primas que garantizan la seguridad que requieren asegurados y terceros como potenciales acreedores del patrimonio de la empresa aseguradora.

48 En este sentido, DE PAZ COBO/CARO CARRETERO/LÓPEZ ZAFRA, *El principio de igualdad sexual en el seguro de salud*, cit., pág. 15 señalan cómo a través de la estadística actuarial, es posible generar modelos matemáticos que describen el comportamiento de ambas variables. Multiplicando los valores medios de estas variables se obtiene el importe medio de los daños económicos que causa cada asegurado. Así las cosas, concluyen los autores, según el principio de equivalencia actuarial, la prima tendrá que ser igual a dicho importe.

49 Cfr. HALPERIN, *Contrato de seguro*, cit., pág. 14.

50 Así, con maestría, GASPERONI, "La data di scadenza del primo premio e la riattivazione del contratto di assicurazione sulla vita", *Revista di diritto commerciale*, 1964, I, pág. 204 y ss. pág. 849, que señala como tal unidad de tiempo, que representa la típica unidad estadística en relación a la cual se calcula la tarifa o prima, es constituida en el seguro por el periodo de un año, periodo por consiguiente que constituye la unidad indivisible a la que se vincula la prestación del asegurado; la divisibilidad de la prima en porciones o fracciones "premio in rate", atiene únicamente a la modalidad de ejecución de la prestación del asegurado.

conoce determinadas circunstancias subjetivas y objetivas que determinan su existencia (así por ejemplo, el asegurado es quien conoce su propia situación sanitaria, los robos que ha sufrido, los siniestros efectivos en lo que ha estado envuelto, etc.), pero también no es menos cierto que la aseguradora goza de una mayor experiencia y cualificación profesional, lo que sin duda alguna contribuye a realzar las circunstancias que efectivamente influyen en la apreciación de los riesgos así como en su concreción, a efectos de una eventual asunción del mismo por la aseguradora y, sobre todo, a efectos de su plasmación en las condiciones particulares del contrato y en consecuencia del cálculo de la prima. Resultaría desequilibrado que la apreciación del riesgo pendiese única y exclusivamente de la voluntad del asegurado, siendo contraproducente no sólo para la aseguradora sino para el mismo asegurado o tomador.

La prima es el precio por la asunción del riesgo, la remuneración del asegurador, la contraprestación del *dominus negotii*, un pago que además es obligatorio (STS de 1 de abril de 1987 (RJ 1987, 2482))<sup>51</sup>. La correlación entre prima y riesgo, lejos de ser una ecuación, imbrica estrechamente toda relación de seguro. El pago y la correlativa asunción del riesgo convergen a través del abono de la prima a la aseguradora. Y ese mismo riesgo que no es pético ni inmodificable normalmente a lo largo de la relación jurídica de seguro, modalizará la cuantía de prima durante la duración material del contrato de seguro a lo largo de únicos o sucesivos, más éstos que aquéllos, períodos de seguro. El riesgo se agrava, se mitiga, rara vez permanece estanco, incólume. También habrá de hacerlo como consecuencia y resultado, la tarificación de ese riesgo en función de la objetiva y concreta cobertura a través de la prima.

En todo contrato de seguro el tomador satisface una determinada cantidad en concepto de prima, cuota o premio, que representa la contraprestación del riesgo asumido por el asegurador y es a la vez un factor esencial del seguro por su trasfondo actuarial mutualista (vid. SSTs de 16 de mayo de 1991 (RJ 1991, 3677) y la de 20 de marzo de 1989 (RJ 1989, 2284))<sup>52</sup>. La ecuación prima, cobertura de riesgo y duración material del

51 Como bien señala la STS de 16 de mayo de 1991 (RJ 1991, 3677) la prima representa un requisito básico en la conmutatividad del contrato de seguro. Véase en la doctrina francesa a carácter obligatorio y a la vez no sorpresivo nos habla NICOLAS, "La prime d'assurance", en *Traité de Droit des Assurances*, [BIGOT(Dir.)], tomo 3, Paris, 2002, pág. 629, y para quien no sólo el pago de la prima es obligatorio sino que además "il doit s'effectuer par avance et souvent pour l'année, base de référence de calcul pour l'assureur lorsqu'il détermine le montant qu'il doit exiger du souscripteur". Este autor no obstante se hace eco de la postura que mantiene como en ciertas situaciones particulares, un contrato de seguro no se concluye mediante el pago de una prima, así, cuando el asegurador ofrece una garantía de seguro en un "but commercial ou désintéressé". Vid., [non vidi] BICHOT, *Assurance et gratuité: une garantie sans prime?*, Thèse, Paris I, 1999.

52 Entre las características de la prima, defiende GHERSI, Contrato de seguro, cit., pág. 83 su carácter *invariable*, si no varían las condiciones subjetivas del riesgo (reticencia) u objetivas, como manifestación por factores externos a las partes (afectación parcial, etc.); su carácter *indivisible*, ya que lo es por todo el período (no confundir con financiable), y *condicionante*, para la obligación del asegurador de pagar la indemnización o su contraprestación.

contrato de seguro se convierte en una auténtica piedra angular de todo el contrato<sup>53</sup>. Es la correlación que preside y está presente en todo momento en el contrato de seguro y que cobra especial relevancia al tiempo del siniestro<sup>54</sup>. Es el vínculo, la funcionalidad, la conexión entre prestaciones, en definitiva, el sinalagma del contrato que en la doctrina se ha adjetivado como genético y funcional<sup>55</sup>. La prima constituye, en suma, y como bien se ha enfatizado, un elemento esencial del seguro y, sin acuerdo de las partes sobre la misma, no habrá contrato de seguro<sup>56</sup>. Ahora bien, ¿puede una sentencia nivelar, igualar primas con independencia de lo que los riesgos, los hechos veraces y objetivos acreditan una y otra vez, y sirven de sustento a la propia técnica del seguro? Parece que sí con esta descabellada sentencia, donde interpreta o mantiene una concepción raquítica y muy personal de lo que es discriminación y no discriminación, amputada en todo caso.

El propio artículo 1 de la LCS establece una nítida correlación entre el pago de la prima y la obligación de garantía del asegurador de cubrir el riesgo asegurado. El asegurador ha de recaudar los fondos suficientes para cubrir los eventos futuros y necesidades de la mutualidad o cartera de los asegurados. Pero la prima no sólo se erige en elemento esencial de todo seguro o en la obligación fundamental del tomador, sino que además, es un elemento indispensable para la explotación en masa de un modo racional y eficiente y que es *sine qua non* para posibilitar el cumplimiento por el

- 53 Así concluyen LEGH-JONES/BIRDS/OWEN, *MacGillivray on Insurance Law*, London, 2003, pág. 162 como "the amount or adequacy of the premium in relation to the risks run is a matter for the insurer rather than a court, but it has been said that the amount of the premium charged might be of assistance in determining what risks the insurer intended to run if the premium was assessed on a fixed scale commensurate with the scope of the risk". También entre otros en la doctrina francesa JACOB, *Les Assurances*, Paris, 1979, págs. 118 a 120. Acertadamente GASPERONI, "La data di scadenza del primo premio", *Assicurazioni private*, cit., pág. 850, señala como la íntima correlación existente entre la determinación del premio, el término inicial del período (anual) asegurativo y la fecha de "decorrenza" de la primera prima o I de la primera fracción del premio exige que sean solicitados al asegurador no sólo el cálculo del premio, sino también la fijación de la fecha de decorrenza de la misma.
- 54 En parecidos términos HALPERIN, *Contrato de seguro*, Buenos Aires, 1966, 2ª ed., pág. 189.
- 55 Precursor en este acuñamiento y que luego traería a nuestro país Garrigues, fue DONATI, "Il sinalagma nel contratto di assicurazione", *Ass.*, 1937, I, pág. 425 y ss.
- 56 Conforme URÍA/MENÉNDEZ/ALONSO SOTO, en URÍA-MENÉNDEZ, *Curso de Derecho Mercantil*, Madrid, 2001, t. II, p pág. 621. Vid. las Sentencias del TS de 1 de abril de 1987 y 30 de junio de 1989 y 25 de mayo de 2005). Califica VÁZQUEZ CUETO, *La obligación de pago de la prima en la Ley de Contrato de Seguro*, Valencia, 2007, pág. 22 de elemento real del contrato de seguro, entendido este último en su sentido más estricto, como la fuente de la relación obligatoria aseguradora. Con acierto, este autor, defiende como la conexión causal entre las obligaciones principales de las partes provoca una situación de interdependencia o sinalagma funcional, pues la ejecución de cada una de ellas se justifica y tiene sentido sólo en la medida en que se haya ejecutado u ofrecido la

asegurador de sus obligaciones<sup>57</sup>. Bien es cierto que no todos los riesgos son mensurables, medibles conforme a datos definitivos estadística y actuariamente máxime ante nuevos riesgos y seguros. ¿Cabría o se permitiría la licitud de cláusulas que ajustasen en el contrato el coste o prima del seguro en función de estos hechos y ausencia inicial de datos estadísticos y medibles<sup>58</sup>?

Prima que en todo caso ha de ser suficiente, tanto técnica como actuarialmente, de modo que permita a la entidad aseguradora satisfacer el conjunto de las obligaciones derivadas de los contratos de seguro, y particularmente, para constituir las provisiones

---

ejecución de la corresponsiva. HALPERIN, *Contrato de seguro*, cit., pág. 189 califica el pago tanto de obligación principal del asegurado, recte, tomador, como de elemento esencial del contrato. Gráficamente GASPERONI, "La data di scadenza del primo premio", *Assicurazioni Private*, cit., pág. 848 señala como la prima es un "corrispettivo", que se distingue de la genérica prestación debida en otros contratos. Un "corrispettivo" que no puede ser determinado sobre la valoración sola y singular del riesgo, por lo que debe ser calculada sobre la base de datos estadísticos y de las leyes de los grandes números en relación a una masa de riesgos homogéneos. Vid. asimismo FERRI, *L'impresa nella struttura del contratto di assicurazione*, in *Studi sulle assicurazioni*, Roma, 1963, pág. 111 y ss.; GAMBINO, "Contratto di assicurazione e attività assicurativa", *Riv. Dir. Comm.*, 1963, I, pág. 351 y ss. También cómo no, DONATI, *Trattato di Diritto delle Assicurazioni*, cit., pág. 355, quien asevera además, como la esencialidad subsiste y delimita el seguro incluso cuando el pago se hace anticipado y la relación aseguradora deviene unilateral, existe también cuando por efecto de la reducción de la póliza, la relación de seguro sobre vida prosigue como relación unilateral (polizza liberata), porque también en este caso las primas abonadas vale como prima única anticipada y desembolsada; existe también, cuando la prima se comprende en otras prestaciones o cuando viene pagada por un tercero y la cobertura viene asumida gratuitamente para el asegurado (primas abonadas por el INA en seguros de vida de combatientes de la primera guerra mundial y concedida por el Estado).

- 57 Como bien ha señalado GARRIGUES, *Contrato*, pág. 103 la equivalencia entre prestación y contraprestación hay que buscarla en la relación entre el conjunto de las prestaciones del asegurador y las de los asegurados y no en las prestaciones de cada contrato aislado.
- 58 Es lo que en el ordenamiento y praxis alemana se conoce como el recurso a ajustar el coste del seguro a través de variaciones en la prima, es lo que se conoce en la doctrina alemana como *Prämienanpassungsklauseln*. Indispensable el recurso a DIEDERICH, *Prämienanpassungsklauseln in der privaten Versicherungswirtschaft. Eine Analyse ihrer gesamtwirtschaftlichen Wirkungen*, Mainz, 1980, pág. 21 y ss.; LIPPERHEIDE, "Prämienanpassungsklauseln", *Handwörterbuch der Versicherung*, [FARNY/HELTEN/ KOCH/ SCHMIDT(Hrsg.)], Karlsruhe, 1988, pág. 541 y ss. Así mismo, BECKMANN, *Die Zulässigkeit von Preis- und Prämienanpassungsklauseln nach dem AGB-Gesetz*, Karlsruhe, 1990; HARRER, en *Berliner Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz*, [HONSELL (Hrsg.)], Zurich, 1998, pág. 531 y ss.
- 59 Explícitamente la LOOSP aboga por el principio de suficiencia en su artículo 25. 3. Suficiencia que no sólo se proyecta en esa ecuación riesgo prima sino en la generalidad de la cartera de seguros a los que atiende la entidad aseguradora. La totalidad de las primas sustentan el colchón o base financiera sobre la que pivota la integridad de los

técnicas adecuadas (así, artículo 25.3 LOSSP)<sup>59</sup>. Sólo partiendo de un postulado de suficiencia se puede lograr y garantizar la necesaria solvencia para el ejercicio social del seguro o actividad aseguradora. Y es que la prima al margen de esa suficiencia ha de ser además, proporcional, equitativa y, sobre todo, y al margen de las polémicas doctrinales y jurisprudenciales existentes, indivisible. La proporcionalidad entre el coste del seguro y la garantía de cobertura ha de basarse en el equilibrio, prima y riesgo han de guardar una sintonía equivalente bien a lo largo de toda la vida de la relación jurídica de seguro, bien y por pacto, atemperándose en cada momento de esa relación, pudiendo adecuarse según las circunstancias y el mero devenir temporal<sup>60</sup>. El equilibrio riesgo / prima no es sino el trasunto de la aplicación del principio de la mutualidad<sup>61</sup>.

El que la prima sea equitativa no es una exigencia o principio pensada para la equidad respecto a la hipotética indemnización a percibir en supuestos de hechos similares entre diferentes seguros, sino que las valoraciones para el coste de esos seguros, es decir, la valoración de los riesgos que se asumen en el seguro, parten de circunstancias y hechos objetivables similares y coherentes en todos los casos. Ahí es donde se predica la equidad, la identidad armónica para supuestos semejantes o similares, esto es, riesgos en la medida de lo posible, análogos, análogos en probabilidades de siniestro, de cobertura, de avatares. Se habla incluso en nuestra doctrina de la vigencia de una regla de equidad cuando hay disonancia entre el riesgo efectivamente declarado en la solicitud y cuestionario y que sirvió de pauta para la valoración y el riesgo real que se descubre normalmente toda vez que acaece el evento dañoso. Equidad que implica la reducción proporcional de la indemnización en función de la diferencia real de riesgos, lo que

---

riesgos asumidos por la entidad aseguradora. Si no existiese o si las primas no respondieran a un parámetro de suficiencia el edificio financiero de aquella se resquebrajaría. Suficiencia que por sí sola o aisladamente considerada para una póliza individual sería notoriamente estéril de cara a abonar la indemnización consecuencia del siniestro. Pero no lo es si se tiene en cuenta holísticamente la generalidad de primas que percibe la aseguradora. Como bien señala VÁZQUEZ CUETO, *La obligación de pago de la prima*, cit., pág. 38 la expresión más genuina de esta suficiencia se haya en los seguros de daños en las cosas en los supuestos de infraseguro y en la consiguiente aplicación de la regla proporcional.

- 60 En parecidos términos VÁZQUEZ CUETO, *La obligación de pago de la prima*, cit., pág. 29 cuando asevera, como las partes pueden pactar que la relación de proporcionalidad entre prima y nivel de riesgo que haya de asumirse durante toda la vigencia de la relación obligatoria se predisponga y fije como incólume *ab initio*, desde el mismo momento de la conclusión del contrato, o que se vaya adaptando sucesivamente al compás del transcurso del tiempo y de la evolución de las variables que informan su fijación.
- 61 Así, conforme, DÍAZ BRAVO, *El fraude y su incidencia en el contrato de seguro*, Bogotá, 2009, págs. 50 y 51, cuando asevera como este principio o más bien por su aplicación, las tres grandes bases técnicas que constituyen el soporte del seguro, a saber, la estadística, la ley de los grandes números y el cálculo de probabilidades, hace que las declaraciones inexactas u omisas conducirán a una incorrecta aplicación de tales bases en perjuicio de la mutualidad.

incidió tanto en la tarificación como en la decisión de la aseguradora para asumir o no determinadas coberturas.

### **b) La posibilidad discriminar por el sexo del asegurado como factor de riesgo tras la Directiva 2004/113 y la Ley Orgánica 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres**

La Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres ha definido el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres como ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo y, especialmente, las derivadas de la maternidad, la asunción de obligaciones familiares y el estado civil. Ante una formulación tan categórica del principio de igualdad de trato, ¿debemos entender lo mismo por igualdad y no discriminación, o por el contrario son fenómenos completamente divergentes?<sup>62</sup> ¿Es lo mismo acaso, igualdad y no discriminación, o por el contrario cabe ésta cuando no se trata de hipótesis sustancialmente iguales?

Una elemental y genuina igualdad de trato evita la arbitrariedad, la diferenciación, la exclusión, vedando actuaciones no objetivas y razonables. La igualdad implica tratar como iguales a quienes se hallan en condiciones idénticas y diferenciar a quienes son desiguales. La discriminación, a su vez, prohíbe cualquier distinción injustificada en virtud de circunstancias personales o sociales, entre ellas, cómo no el sexo, la raza, la etnia, religión, etc. Sin embargo, en la LO de igualdad, la prohibición de discriminación pasa por encima de cualquier justificación, es un imperativo, y no requiere *per se* comparación alguna con otras circunstancias. La LO de igualdad proscribela discriminación, pero en nuestra opinión no impide que (o no debería interpretarse *a contrario*, que impida que) a quien de suyo es desigual se apliquen condiciones diferentes, mientras que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas; y, por tanto, se veda la utilización de elementos de diferenciación que quepa calificar de arbitrarios o carentes de una justificación razonable. No obstante, la LO de igualdad, tomando la igualdad como principio nuclear y por encima de norma alguna, ataca la desigualdad que resulta de artificios, injusta, injustificada, infundada y parciaria y subjetiva. Sin embargo, también bajo el paraguas de la LO de igualdad es lícita la diferencia de trato (o discriminación, en sus términos), siempre que las consecuencias jurídicas que se deriven de tal distinción sean proporcionadas a la finalidad perseguida, de suerte que se eviten resultados desmedidos, onerosos o gravosos. Es ésta una premisa que erige e interpreta el propio Tribunal Constitucional en Sentencia de 2006, la 214.

62 Advierten CASTRO ARGÜELLES/ÁLVAREZ ALONSO, *La igualdad efectiva de mujeres y hombres a partir de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo*, Cizur Menor, 2007, pág. 68 como el legislador ha incorporado al ordenamiento un concepto de igualdad y no discriminación distinto del habitualmente manejado en nuestro ordenamiento, de modo que en él, igualdad y discriminación se funden como la cara y la cruz de una misma moneda, dado que aquella se define como la ausencia de ésta, sin distinción alguna entre las dos categorías.

Igualdad de trato cuando proceda, pero cuando lo justo es discriminar hágase, porque es lo racional, lo razonable y está ponderado por la objetivación de la estadística, de las tablas actuarias, sea de mortalidad, de sobrevivencia, de ciertas dolencias o enfermedades, así como el impacto diferente que se proyecta sobre las personas de un sexo u de otro, ¿acaso atenta contra la igualdad si de suyo los datos, las cifras evidencian que no es así? ¿Cuándo se discrimina realmente?, ¿al tratar de manera diferenciada lo que estadística y actuariamente no es igual?, ¿o cuando hacemos tabla rasa ignorando las diferencias y no discriminando? ¿Cómo se valora en suma ese riesgo, cómo se antiselecciona si la aseguradora está obligada a ignorar cuestiones de sexo a la hora de tarificar?, es evidente que se restringe la competitividad, y que unos (los asegurados con mejores riesgos) pagarán el defecto de cobertura o en su caso de tarificación del otro sexo. Vigorizar la neutralidad sexual a la hora de la cobertura de riesgos y por tanto a la hora de tarificar tiene un efecto intrínsecamente perverso, a saber, la subsidiación del seguro por aquellos grupos, individuos, hombres o mujeres que pechan con las consecuencias del encarecimiento de seguros debido a la selección adversa y la cobertura de malos riesgos en detrimento de buenos riesgos. Nivelar o igualar primas por imposición legal, caprichosa e infundada en aras de un megaprinicio más etéreo y que *per se* puede conducir a soluciones contradictorias requiere al menos una reflexión teórica y fundamentalmente factorial y actuarial. Negar la correlación entre el factor sexo y la esperanza de vida así como la salud es absurdo, siendo consciente que el sexo es uno más de los múltiples factores bidimensionales que las aseguradoras emplean a la hora del cálculo de la prima. ¿Qué decir de aquellas experiencias comparadas en las que se toleran o exigen la realización de ciertas pruebas genéticas de cara a discriminar o no la selección de un riesgo y, en suma, de un solicitante de seguro? Acaso ¿no es más fiable, objetivo y verificable el factor sexo, que el factor estilo de vida de una persona, de un grupo o colectiva? Y ello sin olvidar que, a la hora de contratar el seguro y por tanto establecer una prima, se radiografía ese factor en ese preciso momento quedando petrificado en la póliza y el condicionado, por mucho que existan deberes auxiliares que no esenciales de comunicación de agravaciones y disminuciones del riesgos difícilmente contrastables y verificables por la aseguradora ante la distonía informativa y asimétrica del tomador y asegurado frente a la aseguradora.

A nuestro juicio, nada impide que el sexo pueda utilizarse como pauta y criterio diferenciador cuando es analizado y tenido en cuenta objetiva y estadísticamente, como dato puramente factorial, técnico, contrastado e indubitado en una masa homogénea de personas sometidas al mismo riesgo. Igualar a la hora de tarificar un seguro sin discriminar por sexo, al menos en seguros de personas, rompe y rasga la eficiencia en el mercado, altera la competencia, homogeneizándola, y tiene como efecto perverso la subsidiación de un sexo al otro. ¿Acaso no se está discriminando si se nivelan las primas y se ignora la realidad fáctica y objetiva? Porque esa realidad práctica sí refleja que estadísticamente los pertenecientes a un sexo mueren prematuramente, tienen menor esperanza de vida y cobran por tanto indemnizaciones o rentas en caso de ser beneficiarios de seguros de sobrevivencia durante menos tiempo.

No se trata de disquisiciones vagas ni de estereotipos, sino de distinciones que responden a realidades indubitadas y donde entre otras variables el sexo de una persona altera la homogeneidad del riesgo siendo diferente para hombres y para mujeres, significativamente el riesgo de vida, de supervivencia y de muerte así como el riesgo a determinadas enfermedades y dolencias más crónicas y graves en unos supuestos, más mortíferas en otros.

Desde hace años el debate se ha encerrado en un silogismo absurdo, la defensa o por el contrario la negación del empleo de factores actuariales basado en el sexo y su compatibilidad o no con el principio de no discriminación sexual y por tanto la igualdad. Debate mal planteado, interesado y oportunista que confundiendo la esencia con la circunstancia puede acabar llegando, *recte*, imponiendo un encarecimiento del mercado del seguro y una rémora a su eficiencia real. La sacralización de los principios a toda costa puede hacerse, pero hacerlo con miopía lleva a soluciones notoriamente injustas y nunca justificadas. Si el factor es el sexo, qué decir entonces del factor fumar o no fumar. Estadísticamente en la mortalidad de una persona influye más el hecho de fumar que el sexo, si esto no se tiene en cuenta y tarificamos la prima ¿acaso no estamos discriminando a la persona no fumadora, mujer u hombre, que paga una prima igual a la del hombre fumador o mujer fumadora incrementando el riesgo de muerte o enfermedad y siendo más predecible las consecuencias? El sexo es relevante a la hora de seleccionar el riesgo, a la hora de incluir o excluir coberturas, a la hora de imponer cláusulas limitativas, y es una premisa objetiva, fácilmente verificable. Ello no impide que se combine con otros factores o elementos actuariales que también inciden en la vida humana, como son la raza, la etnia, el grupo social, o los modos o estilos de vida. Variables todas ellas que *per se* y en conjunto componen una fisonomía multidimensional y amplia que clasifica y selecciona con mayor acierto y probidad el verdadero riesgo real y no el declarado que asume una entidad aseguradora. Estos hechos sin embargo no impiden que, apartada la dimensión sexo a la hora de calibrar el seguro, lleguemos a selecciones indeseables y manifiestamente desiguales. Elevar a una suerte de tótem el principio de no discriminación puede ser profundamente desigualitario si se ignora la realidad y sobre todo la práctica y dinámica aseguraticia.

Lo que debemos erradicar como categoría y como práctica recurrente es que la diferencia de trato, por tanto la discriminación, provenga o se proyecte por el mero hecho de que una persona sea hombre o sea mujer. Lo prohibido es discriminar sin justificación, como pauta de conducta infundada y estereotipada, no contrastada y de modo caprichoso. Pero cuando hay razón de ser, cuando no se sesgan los datos y la estadística, cuando es fácilmente verificable la diferencia, la conducta, la categoría o es indubitada una mayor esperanza de vida en la mujer, una mayor resistencia a la enfermedad o una mayor utilización de servicios sanitarios, etc., no se discrimina si se tarifica de modo diferente.

La transposición de la Directiva del Consejo 2004/113/CE, de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro incidió en la regulación del seguro privado y sí se tuvo en cuenta tanto en la propia LO de igualdad, artículos 71 y 72 como en las

modificaciones al reglamento de ordenación y supervisión del seguro introducidas por el artículo 14 del Real Decreto 1361/2007, de 19 de octubre, por el que se modifica el Real Decreto 2486/1998, de 20-11-1998, en materia de supervisión del reaseguro, y de desarrollo de la Ley Orgánica 3/2007, en materia de factores actuariales. Así, no obstante si bien lo de igualdad partía de la prohibición de diferencias en las primas a tenor del sexo como elemento valorativo del riesgo y *per se* del propio coste del seguro, no dejaba de ser una manifestación genérica que permitía una excepción, dado que la propia norma (artículo 71) remitía a la posibilidad de que reglamentariamente se fijasen supuestos que permitiesen determinar diferencias proporcionadas de las primas y prestaciones de las personas individualmente consideradas cuando el sexo sí sea un factor determinante de la evaluación del riesgo a partir de datos actuariales y estadísticos pertinentes y fiables. Luego el parámetro es la admisibilidad de la diferenciación de prima en función del riesgo si al valorar éste, el mismo se ancla en parámetros pertinentes y fiables. ¿Acaso hemos de dudar de la objetividad o de la ponderación que nos brinda la estadística? En suma esto es lo que hasta el presente permite además el Reglamento de ordenación y supervisión en su artículo 76.7 (en la versión modificada por el RD 1361/2007).

Esto se traduce en una tarificación diferente por parte de las aseguradoras. Así las cosas no se ponen al asegurado mujer en una posición de desventaja particular con respecto a personas del otro sexo, no es un supuesto de discriminación indirecta que la propia Directiva 2004/113 recoge en su artículo sexto. Artículo que permite sin embargo que una disposición, criterio o práctica puedan justificarse objetivamente en atención a una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados. Una norma puede ser inocua, neutra, proporcionada y sin embargo originar o situar a personas de diferente sexo en desventaja entre sí. La técnica actuarial que estudia y demuestra en base a cifras, en base a ponderaciones y realidades compara sexos, los individualiza, no compara grupos sociales, sino la propensión, la probabilidad al riesgo, la certidumbre de una mayor esperanza de vida, de una mayor utilización de los servicios y prestaciones sanitarias, de un mayor o menor impacto de enfermedades y de ellas con consecuencias mortales, y lo hace en base a pruebas estadísticas. Esa mayor esperanza de vida puede ser connatural por el hecho de ser mujer, lo que hace que las causas biológicas pasen a un primer plano, por delante incluso de otras prácticas sociales, estilos formas de vida. No ha de ignorarse por ejemplo que si bien la mujer genéticamente resiste mejor a la enfermedad y fallecer con una edad más avanzada, no es menos cierto que con los datos en las manos que los hombres son menos adversos al riesgo y por tanto su propia forma de vida así como sus actuaciones y conductas bordean en mayor medida el riesgo de siniestro que una mujer.

No estamos ante un dato más beneficioso imputable única y exclusivamente a los hombres, sino ante una realidad que evidencia un dato irrefutable: que mueren antes que las mujeres, que tienen una mayor propensión a sufrir cierto tipo de enfermedades crónicas e incluso mortales y degenerativas en mayor escala que el sexo contrario. ¿Significa entonces que tarificar lo que de suyo son riesgos subjetivamente diferenciados es discriminar y atentar contra el principio de igualdad? Entendemos que no. De lo

contrario, el impacto adverso sobre esa discriminación repercutirá precisamente en el coste del seguro para el otro sexo. En efecto, si las compañías aseguradoras tarificaran por igual inmediatamente el coste de la prestación de las compañías aseguradoras recaería sobre el sexo con mejor riesgo, dado que la igualación o nivelación procedería por los umbrales máximos de precios, los del sexo con peor riesgo, pero nunca se reducirían éstos a los precios del coste del seguro con primas más bajas<sup>63</sup>. La antiselección del riesgo sí discrimina y excluye aquellos riesgos que la propia aseguradora no está dispuesta a asumir o que, de asumir, lo hará en condiciones más onerosas o bien a través de sobreprimas, exclusiones de ciertos riesgos más frecuentes o de mayor valor o intensidad indemnizatoria en su caso así como a través de franquicias. Las aseguradoras limitan y delimitan los riesgos, y lo hacen diseccionando muy nítidamente lo que están dispuestas a asumir y fagocitar y lo que rechazan y alejan. Clasifican los riesgos, los discriminan, siempre con un límite, la no desnaturalización del concreto contrato de seguro hasta vaciarlo de contenido esencial e intrínseco.

Los mercados competitivos redireccionan las primas en función de cada grupo de riesgo, de sus peculiaridades y particularidades asuntivas del riesgo, de la probabilidad, la prognosis. No creemos que pueda admitirse que el dictado del artículo 76.7 del ROOSP establezca un trato más beneficioso atribuido única y exclusivamente a un sexo, produciendo o arrojando efectos desfavorables para el sexo opuesto (que dependerá del tipo de seguro en que nos centremos, dado que el colectivo con “buen nivel de riesgo” cambia por sexos en función del objeto de cobertura). Todo ello no empece a que los tribunales se hayan pronunciado con la debida dureza en aquellos supuestos en los cuales sí han sufrido por ejemplo discriminación directa entendida ésta como todo trato desfavorable a las mujeres relacionados, por ejemplo, con el embarazo o con la maternidad.

### **3. DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO Y PRIMA EN LA JURISPRUDENCIA COMUNITARIA: LA STJUE DE 1 DE MARZO DE 2011**

#### **a) La cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Constitucional belga y la Opinión de la Abogado General KOKOTT**

La controversia que ha dado lugar a la STJUE de 1 de marzo de 2011 se refería a una norma belga sustancialmente equivalente al artículo 76.7 ROOSP, en su redacción dada tras la transposición de la Directiva 2004/113. En efecto, la cuestión prejudicial que ha dado lugar a la STJUE había sido planteada por el Tribunal Constitucional belga y, en resumen,

63 Así, por ejemplo DE PAZ/CARO/LÓPEZ ZAFRA, *El principio de igualdad sexual en el seguro de salud*, cit., pág. 18 nos ofrecen una comparativa de precios en el seguro de salud correspondientes a las primas de un producto estándar calculadas para una persona de 28 años residente en Madrid y que pago fraccionadamente todos los meses la prima. Entre las cinco compañías aseguradoras de salud sólo una tarifica por igual la prima siendo hombre que siendo mujer, el resto las diferencias oscilan entre el mínimo de un 27% a un máximo de 46%.

se refería a la compatibilidad o no con el derecho comunitario de las cláusulas de fijación de primas en contratos de seguro de vida en función del género del asegurado. En concreto, se cuestionaba la validez de una previsión de derecho del seguro belga que preveía que *"... a la hora de determinar las primas y prestaciones de seguros podrá practicarse una distinción directa proporcionada por razón de sexo en los casos en que la consideración del sexo constituya un factor determinante de la evaluación del riesgo a partir de datos actuariales y estadísticos pertinentes y exactos. Esta excepción es aplicable únicamente a los contratos de seguro de vida..."* (art. 10 de la Ley de 21 de diciembre de 2007, énfasis añadido). Por tanto, la controversia resulta claramente interesante para el análisis de la compatibilidad de la norma española con el Derecho comunitario.

Concretamente, el Tribunal Constitucional belga había formulado las dos siguientes cuestiones prejudiciales de interpretación: *"(1) ¿Es compatible el artículo 5, apartado 2, de la Directiva 2004/113 con el artículo 6 UE, apartado 2, y en particular con el principio de igualdad y de no discriminación garantizado por dicha disposición?;" y "(2) En caso de respuesta negativa a la primera cuestión, ¿es también incompatible el artículo 5, apartado 2, de la Directiva con el artículo 6 UE, apartado 2, si su aplicación se limita a los contratos de seguro de vida?"*. Por tanto, se trataba de determinar la compatibilidad o incompatibilidad de la excepción al principio de trato igualitario absoluto por razón de sexo en el ámbito del Derecho del seguro que la Directiva 2004/113 prevé para aquellos casos en que, por la naturaleza y función del contrato de seguro y por la necesidad de respetar los principios de selección de riesgos homogéneos y de colectivización de primas y siniestros, sea inevitable acudir a un trato diferenciado por razón del sexo del asegurado para el adecuado diseño y funcionamiento del mecanismo asegurativo.

Sin embargo, en su opinión de 30 de septiembre de 2010, la Abogado General JULIANE KOKOTT resumió la controversia en una cuestión que consideraba esencial: *"¿Es compatible con los derechos fundamentales de la Unión considerar el sexo del asegurado como factor de riesgo en la configuración de los contratos privados de seguro?"* (Opinión KOKOTT, pág.1). Nótese que la Abogado General enfatiza el carácter de derecho fundamental del principio de no discriminación (quizá de manera innecesaria) y, por otra parte, orienta la cuestión desde una perspectiva cargada de connotaciones ideológicas al no mencionar que la consideración del sexo del asegurado como factor de riesgo sólo está tolerada en el Derecho comunitario si *"constituy[e] un factor determinante de la evaluación del riesgo a partir de datos actuariales y estadísticos pertinentes y exactos"* (art. 5.2 Directiva 2004/133) y presentar, en cambio, la posible consideración del sexo como factor de riesgo como si se tratase de una opción enteramente voluntaria por parte de las entidades aseguradoras. En nuestra opinión, esta formulación del sustrato de la controversia indica desde el inicio un sesgo claro hacia un alejamiento del análisis de la cuestión en términos de derecho del seguro, y una tendencia a la generalización y a una perspectiva claramente orientada a la discriminación positiva (o, en este caso, a su equivalente funcional más cercano, como es la imposición de tratamiento igualitario); sesgos que, a la postre, vendrán a condicionar la solución propuesta al caso.

Merece la pena resaltar que, después de un recorrido exhaustivo por las previsiones de Derecho comunitario (y de Derecho nacional belga) relevantes para el análisis de la cuestión prejudicial, la Abogado General se centre en sus consideraciones generales en varias cuestiones de corte politológico que se apartan del análisis técnico de la cuestión y, en cambio, entran a juzgar la posición de la Comisión Europea y del Consejo de la Unión Europea a lo largo de la tramitación de la Directiva 2004/113. Con estas consideraciones, en que nos detenemos brevemente, la Abogado General convierte el caso en un juicio a la coherencia de las posiciones defendidas por estas instituciones a lo largo de la tramitación de las normas (abstracción hecha de los difíciles equilibrios internos y negociaciones estrictamente políticas en el seno de cada una de las instituciones) y pretende exportar su juicio de desvalor sobre la actuación institucional a la norma finalmente aprobada y a su compatibilidad con el Derecho comunitario. Baste apuntar que, por una parte, es un análisis altamente valorativo y cuestionable. Y que, de otra parte y de forma más relevante, el análisis de compatibilidad o incompatibilidad de las disposiciones de Derecho comunitario debería limitarse, en nuestra opinión, al análisis de la norma aprobada, con abstracción de los avatares que a que pueda haberse visto sometida durante su *iter* preparatorio.

En concreto, llama especialmente la atención la literalidad del párrafos 21 y 22 de la Opinión KOKOTT, en que la Abogado General recuerda que *"en la exposición de motivos de su Propuesta de Directiva, la Comisión, tras examinar detenidamente la problemática controvertida, se pronunció decididamente contra la posibilidad de admitir diferencias por razón de sexo en las primas y prestaciones de seguros y las declaró expresamente incompatibles con el principio de igualdad de trato"* y, por tanto, considera *"sorprendente que la Comisión defienda con ahínco en el presente procedimiento que el artículo 5, apartado 2, de la Directiva 2004/113 no contiene ninguna infracción del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres, sosteniendo incluso que es expresión de dicho principio. Preguntada al respecto, la Comisión no ha sabido explicar razonablemente su repentino cambio de opinión"*. Pese a que ponga de manifiesto un cambio de orientación de la Comisión que puede ser reprobable y censurable y términos generales (la claridad y coherencia en las políticas legislativas son obviamente deseables), es un hecho absolutamente irrelevante para el análisis de la cuestión prejudicial.

Tras este apartado de consideraciones generales, la Abogado General enfatiza la relevancia fundamental del principio de igualdad entre hombres y mujeres y adopta una posición maximalista con la que, por la inexpugnabilidad de los argumentos aducidos, pretende crear una apariencia de legitimidad para el análisis que seguirá desarrollando posteriormente. En este sentido, llaman la atención algunos párrafos ciertamente grandilocuentes, en los que la Abogado General establece que *"no puede reducirse la relevancia del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el presente caso afirmando que «no es un derecho absoluto», es decir, que no es un derecho fundamental ilimitado, pues aun cuando los derechos fundamentales, por regla general, pueden verse limitados, deben servir como criterio para examinar la legalidad de los actos jurídicos (sic)"* (Opinión KOKOTT, pág. 36), o que *"la desigualdad de trato entre los sexos puede estar justificada en determinadas circunstancias. Sin embargo, la*

*justificación de una discriminación directa por razón de sexo, objeto del presente caso, sólo es posible con límites muy estrictos y debe ser debidamente motivada. En ningún caso el legislador de la Unión es libre de admitir discrecionalmente excepciones al principio de igualdad de trato y vaciar con ello de contenido la prohibición de discriminación"* (id., pág. 37; énfasis en el original). Las manifestaciones relativas a la imposibilidad de ponderar la importancia de un derecho fundamental en aquellos casos en que, precisamente por su carácter no absoluto, entra en colusión con otros bienes jurídicos (como, por ejemplo, el adecuado funcionamiento de los mecanismos aseguradores); o la deliberada confusión generada en relación con la motivación de las excepciones al principio de igualdad (*rectius*, a las situaciones en que el principio de igualdad exige un tratamiento desigual a sujetos de derecho que se encuentran en posiciones jurídicas distintas) y a la eventual elección arbitraria o discrecional de dichas excepciones, sólo contribuyen a alejar la discusión del plano técnico en el que, idealmente, debería haberse analizado.

Acercándose precisamente a este ámbito de juicio técnico por el que venimos abogando, también merece comentario que la Abogado General realice una argumentación analógica entre la discriminación por razón de sexo y la discriminación por razón de raza que resulta, cuanto menos cuestionable. La Abogado General sienta las bases de análisis reconociendo que *"las compañías de seguros no hacen un pronóstico individual para cada asegurado, sino que recurren a valores empíricos, ya que es difícil, por no decir imposible, determinar con exactitud el riesgo de seguro en un caso individual. Por ello, es en principio perfectamente legítimo que para evaluar los riesgos, en lugar de un perfil individual, o además de él, se utilice un perfil de grupo"* (Opinión KOKOTT, pág. 45) y recordando los límites a la definición de los grupos de riesgo, que *"dependen siempre, en definitiva, del marco legal aplicable"* en cuya definición *"el Consejo [de la Unión Europea] puede y debe tener en cuenta las particularidades específicas del sector asegurador"* (id., pág. 46) pero que no *"no puede tener como efecto vaciar de contenido la aplicación de un principio fundamental del Derecho de la Unión"* (id., pág. 47). Hasta aquí, nada que objetar.

Sin embargo, la Abogado General continúa por una vía de argumentación peligrosa al indicar que, en consecuencia, *"el Consejo no puede admitir, por ejemplo, la raza o el origen étnico de una persona como motivos de diferenciación en el sector de los seguros"* (Opinión KOKOTT, pág. 49) –para lo que se apoya en la inexistencia de excepción alguna a la consideración de la raza como factor actuarial en la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico que, en nuestra opinión es un argumento débil, en la medida en que la consideración de la raza del asegurado en algunos seguros como el de vida o el de prestación sanitaria, sobre la base datos actuariales y estadísticos pertinentes y exactos, no infringe lo previsto en el artículo 2 (Concepto de discriminación) de la Directiva 2000/43. La Abogado General adopta la posición contraria y, sin mayor explicación ni justificación, considera de manera taxativa que *"sería absolutamente inadmisibles que, por ejemplo, un seguro médico estableciera una diferenciación en el riesgo de padecer cáncer de piel en función del color de la piel del asegurado y, en consecuencia, exigiera a éste una*

*prima mayor o menor (sic!)*" (id., pág. 49 *in fine*). No podríamos estar más en desacuerdo<sup>64</sup>.

Desde aquí, todo el razonamiento silogístico que la Abogado General desarrolla sólo puede considerarse falaz y desapegado de la realidad de los mecanismos asegurativos (e, incluso, de la simple y pura realidad de las cosas). En este sentido, carece de justificación y de validez argumental que se indique que "[e]s igualmente inadmisble basarse en el sexo de una persona para determinar los riesgos del seguro (sic). No hay ninguna razón objetiva para suponer que, en el Derecho de la Unión, la prohibición de discriminación por razón de sexo ofrezca una protección menor que la prohibición de discriminación por razón de raza u origen étnico. Al igual que la raza y el origen étnico, también el sexo es una característica intrínseca la persona del asegurado sobre la que éste no tiene ningún tipo de influencia. Además, el sexo de una persona, a diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, con su edad, no está sujeto a alteraciones naturales" (Opinión KOKOTT, pág. 50; notas omitidas). El culmen de esta argumentación desenfocada se alcanza cuando la Abogado General considera que la discriminación por razón del sexo del asegurado "no se centra en claras diferencias biológicas entre los asegurados. Se refiere más bien a supuestos en los que las diferencias en los riesgos de seguro pueden, a lo sumo, relacionarse con el sexo de forma estadística (sic)" (id., pág. 52; énfasis en el original). Resulta preocupante el desconocimiento de la técnica actuarial y de la relación directa que (con distintos grados de confianza) que permite establecer entre los factores biológicos subyacentes y las estadísticas empleadas por las compañías aseguradoras para tenerlos en cuenta en la determinación de la prima de los contratos de seguros privados.

Esta desafortunada disociación conceptual entre realidad y estadísticas que la ponen de manifiesto vicia la mayor parte del resto de la Opinión Kokott, especialmente en los párrafos 60 y 61, donde se indica que "[u]na diferencia de trato directa por razón de sexo, aparte de las medidas especiales para favorecer a los integrantes de un grupo desfavorecido («acción positiva»), sólo es admisible si consta con certeza que hay diferencias relevantes entre hombres y mujeres que requieren tal trato. [...] Pero precisamente esa certeza falta cuando las primas y prestaciones de seguros se calculan de forma diferenciada para hombres y mujeres únicamente, o al menos de forma determinante, basándose en estadísticas. Se da por sentado, de un modo general, que la diferente expectativa de vida de los asegurados y de las aseguradas, su diferente disposición a asumir riesgos en el tráfico y su diferente tendencia a recurrir a prestaciones médicas, diferencias que se manifiestan sólo en el plano estadístico (sic), se deben principalmente a su sexo" (notas omitidas y énfasis añadido). O en las manifestaciones relativas al uso de métodos actuariales de los párrafos 66 y 67: "Es cierto

64 Véase, a título meramente ejemplificativo, el gran diferencial de riesgo de cáncer de piel por razas y sexos en las estadísticas sobre "Skin Cancer Rates by Race and Ethnicity (1999-2007)" publicadas por el Centers for Disease Control and Protection del gobierno estadounidense, disponibles en <http://www.cdc.gov/cancer/skin/statistics/race.htm> (visitada por última vez el 21.03.2011).

que, en los productos de seguro, es particularmente fácil establecer diferenciaciones en función del sexo. Es mucho más difícil comprobar y evaluar correctamente las circunstancias económicas y sociales, así como los hábitos de vida de los asegurados, máxime cuando estos factores pueden cambiar a lo largo del tiempo. No obstante, las dificultades prácticas por sí solas no justifican que, *por razones de comodidad* (sic), se recurra al sexo de los asegurados como criterio de diferenciación. [...] No es compatible con el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres invocar el sexo de una persona como criterio sustitutivo de otras características diferenciadoras, pues de esta manera no se puede garantizar que las diferentes primas y prestaciones de seguros para los asegurados y las aseguradas se basen exclusivamente en criterios objetivos ajenos a toda discriminación por razón de sexo" (énfasis añadido). Este razonamiento deja claro que la Abogado General descarta por inatendibles las justificaciones basadas en la *viabilidad* de los mecanismos asegurativos y en la racionalidad del coste de gestión de la información —que, en nuestra opinión, constituyen elementos clave para el desarrollo de una industria aseguradora que tienda a la accesibilidad universal al seguro. La Abogado General no tiene, en este sentido, ningún empacho en considerar abiertamente que "*consideraciones meramente económicas, como el riesgo de un incremento de las primas para una parte de los asegurados o incluso para todos los asegurados, aducido por varias partes en el presente procedimiento, no son causas objetivas que autoricen una desigualdad de trato por razón de sexo*" (Opinión Kokott, pág. 68; énfasis añadido) y en apuntar que "[p]arece lógico suponer que [...] las primas de algunos asegurados serían superiores a las actuales, pero, por regla general, ello iría acompañado de primas inferiores para los asegurados del otro sexo" (idem), sin preocuparse por el descenso en la calidad de los mecanismos asegurativos y en la necesidad de incrementar las provisiones y los márgenes de cobertura por el deterioro de la calidad y precisión de la información estadística utilizada para la determinación de las primas. De nuevo, no podríamos estar más en desacuerdo.

En definitiva, por las razones ya expuestas, la Abogado General propone al Tribunal de Justicia que "*declare la invalidez del artículo 5, apartado 2, de la Directiva 2004/113 por vulnerar la prohibición de discriminación por razón de sexo, reconocida como derecho fundamental*" (Opinión Kokott, pág. 70) o que, cuanto menos, en caso de considerarla compatible con el derecho comunitario, declare expresamente que "*dicha disposición, como norma que establece una excepción, debería ser interpretada restrictivamente. El cumplimiento de los requisitos que prevé para recurrir a datos actuariales y estadísticos diferenciados en función del sexo debería ser objeto de un control periódico y estricto por parte de las autoridades nacionales competentes, con vistas a respetar el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres*" (id., pág. 72). Si bien no estamos de acuerdo con la primera propuesta, no podemos más que compartir la segunda.

Para el caso de declaración de nulidad de la excepción que permite la discriminación por sexo en la determinación de las primas de seguro, la Abogado General se preocupa de preservar la continuidad en las relaciones asegurativas y la seguridad jurídica de los operadores del sector asegurador (en su acepción mínima) y recomienda que, además de no cuestionar "*de cara al pasado las diferencias en las primas y prestaciones de*



*seguro por razón de sexo*" (Opinión KOKOTT, pág. 79), se conceda a los Estados miembros *"un plazo razonable para trasladar las consecuencias de la invalidez del artículo 5, apartado 2, de la Directiva 2004/113 a su Derecho interno [... considerando] razonable un período transitorio de tres años [... que] comenzaría a correr a partir de la fecha en que el Tribunal de Justicia dicte sentencia"* (id., pág. 80).

La Abogado General concluye su opinión analizando someramente la segunda cuestión prejudicial presentada por el Tribunal Constitucional belga en relación con el posible tratamiento distinto para los seguros de vida y, sintéticamente, concluye que *"Ninguno de los argumentos expuestos en el presente procedimiento permite concluir que los seguros de vida tengan un carácter especial frente a otros tipos de seguro, en los que tradicionalmente la valoración de riesgos se efectúa en función del sexo del asegurado. Por tanto, a la vista de la información de la que dispone el Tribunal de Justicia, no hay razón para responder a la segunda cuestión de distinta forma que a la primera"* (Opinión KOKOTT, pág. 86). Es decir, que la Abogada General KOKOTT considera que la imposición de tratamiento igualitario sin excepciones debe aplicar para todos los seguros, incluidos expresamente los de vida.

## **b) La (escueta y lacónica) Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE**

Si nos hemos detenido tanto en la exégesis de la Opinión de la Abogado General KOKOTT ha sido, en buena medida, por la parquedad de la Sentencia del TJUE; en la que, tras una breve exposición del derecho aplicable al caso y a sus postulados básicos en materia de principio de igualdad de trato o no discriminación (págs. 28-29) se asume en buena medida su aproximación maximalista y se aborda la cuestión planteada, fundamentalmente, en el párrafo 30 de la Sentencia, que reproducimos íntegramente por su trascendencia:

*"30. Es incontrovertido que el objetivo de la Directiva 2004/113 en el sector de los seguros consiste, tal y como se desprende de su artículo 5, apartado 1, en la aplicación de la norma de primas y prestaciones independientes del sexo. El decimoctavo considerando de dicha Directiva señala expresamente que, a fin de garantizar la igualdad de trato entre hombres y mujeres, la utilización del sexo como factor actuarial no deberá dar lugar a diferencias en las primas y las prestaciones de las personas individuales. El decimonoveno considerando de dicha Directiva define la facultad concedida a los Estados miembros para no aplicar la norma de primas y prestaciones independientes del sexo como una «excepción». Por consiguiente, la Directiva 2004/113 parte de la premisa de que, en aras de la aplicación del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres consagrado en los artículos 21 y 23 de la Carta [de los derechos fundamentales de la Unión Europea] las situaciones en que se encuentran respectivamente las mujeres y los hombres a efectos de las primas y prestaciones de seguros que contratan son comparables".*

Partiendo de esta aproximación maximalista al principio de igualdad de trato en el sector asegurador (de una manera que, en nuestra opinión, resulta ciertamente

contraintuitiva y difícil de coherencia con la existencia misma de la excepción prevista en el considerando 19 de la Directiva 2004/113, expresamente citado por el TJUE), la Sentencia considera que *"existe un riesgo de que el Derecho de la Unión permita indefinidamente la excepción a la igualdad de trato entre mujeres y hombres prevista en el artículo 5, apartado 2, de la Directiva 2004/113"* (pág. 31), lo que resultaría *"contrario a la consecución del objetivo de igualdad de trato entre mujeres y hombres marcado por la Directiva 2004/113 [... e] incompatible con los artículos 21 y 23 de la Carta"* (pág. 32); y que, en definitiva y *"[p]or consiguiente, dicho precepto ha de considerarse inválido tras la expiración un período transitorio adecuado"* (pág. 32), que el TJUE fija en fecha concreta y en un periodo sustancialmente más corto que el recomendado por la Abogado General, el 21 de diciembre de 2012 (pág. 34). El TJUE no considera oportuno realizar ningún pronunciamiento distinto en relación con los seguros de vida (35).

Por tanto, la contestación dada a la cuestión prejudicial es clara y tajante, y despliega efectos en todos los Estados miembro de la UE con carácter automático, al fallar que *"El artículo 5, apartado 2, de la Directiva 2004/113/CE del Consejo, de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro, se declara inválido con efectos a 21 de diciembre de 2012"*. A continuación trataremos de explorar las implicaciones de esta sentencia, con la que estamos frontalmente en desacuerdo, por las razones que se han ido mencionando a raíz de la exégesis de la Opinión de la Abogado General Kokott.

#### **4. CONCLUSIÓN: IMPLICACIONES PRÁCTICAS DE LA FUTURA INVALIDEZ DE LOS MECANISMOS DE DETERMINACIÓN DE LA PRIMA EN FUNCIÓN DEL SEXO DEL ASEGURADO**

Pese a nuestra frontal oposición y claro descontento con la Sentencia del TJUE de 1 de marzo de 2011, una conclusión inevitable es que, dada su amplitud, es necesaria una modificación de la legislación española y de su desarrollo reglamentario, dado que a partir del 21 de diciembre de 2012, los mecanismos de determinación de la prima del contrato de seguro que tengan en consideración el sexo del asegurado serán nulos, sin que quepa ampararlos en el art. 76.7 ROSSP, ni en el art. 71 LO de igualdad, que resultarán contrarios a derecho comunitario. Por tanto, es necesaria una urgente propuesta de reforma legislativa que, adicionalmente, requerirá su tramitación como Ley Orgánica.

Sin perjuicio de lo anterior, también debemos concluir que la Sentencia del TJUE de 1 de marzo ha abierto una vía peligrosa para el incremento de primas derivado de la pérdida de calidad de los datos actuariales que pueden tener en cuenta las aseguradoras. Habrá que pensar muy bien la reforma legislativa para evitar que, a la postre, acabe perjudicando a todos o a gran parte de los asegurados, con independencia de su sexo.

## BIBLIOGRAFÍA

### Textos

- ABRAHAM (2005), *Insurance Law and Regulation*, 4ª ed., New York.
- ÁLVAREZ DEL MANZANO/BONILLA/MIÑANA (1916), *Tratado de Derecho Mercantil Español*, II, Madrid.
- BAKER (2003), "Containing the Promise of Insurance: Adverse Selection and Risk Classification" *Conn. Ins. L. J.*
- SERRAT, BECH (2004), "Comentario a la STS de 26 de junio de 2003 (RJ 2003, 4309)", CCJC, nº 64.
- BECKMANN (1990), *Die Zulässigkeit von Preis- und Prämienanpassungsklauseln nach dem AGB-Gesetz, Karlsruhe.*
- BECKMANN (1990), *Die Zulässigkeit von Preis- und Prämienanpassungsklauseln nach dem AGB-Gesetz, Karlsruhe.*
- BERTOLASO (2009), "L'alea en droit des assurances: état des lieux et perspectives", RGDA, nº 2.
- BESSON (1954), "Assurances", *Traité Pratique de Droit Civil Français, Tome XI-2, Contrats Civils*, [PLANIOL/RIPERT(Dirs.)], Paris.
- BICHOT (1999), *Assurance et gratuité: une garantie sans prime?*, Thèse, Paris I.
- BOARDMAN (2009-2010), "Risk data in insurance interpretation", *Conn. Ins. L. J.*, nº 16.
- BRAESS (1960), *Versicherung und Risiko*, Wiesbaden.
- BUTTARO (1959), Del gioco e della scommessa, en *Commentario Scialoja e Branca*, artt. 1933-1935, Bologna-Roma.
- CARMONA, RUANO (1997), "Las cláusulas definitorias y las cláusulas limitativas del contrato de seguro", *Revista Española de Seguros*.
- CARRESI (1960), "Osservazioni sulla causa dell'assicurazione", *Ass.*, I.
- CASTRO ARGÜELLES/ÁLVAREZ, ALONSO (2007), *La igualdad efectiva de mujeres y hombres a partir de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo*, Cizur Menor.
- CESERANI (2009), "Rappresentazione del rischio, asimmetria informativa ed uberrima fides: diritto italiano e diritto inglese a confronto", *Dir. ed econ. dell'assicuraz.*, nº 1.
- DE PAZ COBO/CARO CARRETERO/LÓPEZ ZAFRA, *El principio de igualdad sexual en el seguro de salud*.
- DÍAZ BRAVO (2009), *El fraude y su incidencia en el contrato de seguro*, Bogotá.
- DIEDERICH (1980), *Prämienanpassungsklauseln in der privaten Versicherungswirtschaft. Eine Analyse ihrer gesamtwirtschaftlichen Wirkungen*, Mainz.
- DONATI (1937), "Il sinallagma nel contratto di assicurazione", *Ass.*, I.
- DONATI (1956), *Trattato del diritto delle assicurazioni private*, II, Milano.
- DONATI/VOLPE PUTZOLU (2002), *Manuale di diritto delle assicurazioni*, 7ª ed., Milano.

- FANELLI (1973), "Le Assicurazioni", en *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, ( (Dirs.), vol. XXXVI, t.1, Milano.
- FERRI (1963), *L'impresa nella struttura del contratto di assicurazione*, in *Studi sulle assicurazioni*, Roma.
- FIORENTINO (1949), *L'Assicurazione contro i danni, Parte Generale*, Napoli.
- FONT RIBAS (1998), "Estudio introductorio", en *Contrato de Seguro: Exclusión de cobertura y cláusulas limitativas*, Barcelona.
- FRANÇOIS (1994), "La nature de l'aléa dans une convention de réassurance", RGAT.
- GAMBINO (1963), "Contratto di assicurazione e attività assicurativa", Riv Dir. Comm., I.
- GAMBINO (1964), *L'assicurazione nella teoria dei contratti aleatori*, Milano.
- GARRIGUES (1983), *Contrato de seguro terrestre*, Madrid.
- GASPERONI (1964), "La data di scadenza del primo premio e la riattivazione del contratto di assicurazione sulla vita", *Revista di diritto commerciale*, I.
- HALPERIN (1966), *Contrato de seguro*, 2ª ed., Buenos Aires.
- HALPERIN (1966), *Contrato de seguro*, Buenos Aires, 2ª ed.
- HARRER (1998), en *Berliner Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz*, [HONSELL(Hrsg.)], Zurich.
- HARRINGTON/NIEHAUS (1999), *Risk management and insurance*, Irwin McGraw-Hill, New York/Columbia, [2ª ed. 2003].
- HAX (1976), "Wesen, Bedeutung und Gliederung der Versicherung", *Versicherungsenzyklopädie*, I, Wiesbaden.
- HENSSLER (1994), *Risiko als Vertragsgegenstand*, Tübingen.
- JACOB (1979), *Les Assurances*, Paris.
- KARTEN (2000), "Die Unsicherheit des Risikobegriffes. Zur Terminologie der Versicherungsbetriebslehre", *Versicherungsbetriebslehre. Kernfragen aus entscheidungsorientierter Sicht*, Karlsruhe.
- KISCH (1920), *Handbuch des Privatversicherungsrechts*, II, München.
- LA CASA GARCÍA (2001), "Las exclusiones personales de la cobertura en el seguro de responsabilidad civil", DN, nº 133.
- LARRAYA RUIZ (2001), *Las cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados, Artículo 3.1 de la Ley 50/1980, de Contrato de Seguro*, Elcano.
- LASHERAS-SÁNZ (1952), "Objeto cierto y causa lícita en la relación del seguro. El riesgo", RDP, XXXVI.
- LEGH-JONES/BIRDS/OWEN (2003), *MacGillivray on Insurance Law*, London.
- LIMA REGO (2010), *Contrato de seguro e terceiros*, Lisboa.

- LIPPERHEIDE (1988), "Prämienanpassungsklauseln", Handwörterbuch der Versicherung, [FARNY/HELTEN/ KOCH/SCMIDT (Hrsg.)], Karlsruhe.
- MARÍN GARCÍA/SÁNCHEZ ÁLVAREZ (2008), "Seguro obligatorio", en *Tratado de responsabilidad civil del fabricante*, (SALVADOR CODERCH/GÓMEZ POMAR (Edit.), Cizur Menor.
- MARINA GARCÍA-TUÑÓN (1991), "El modelo de control sobre condiciones generales de la contratación en el Derecho contractual del Seguro", CDC.
- MAYAUX (2002), "Le risque assurable", en *Traité de Droit des Assurances*, (BIGOT (Dir.)), Le Contrat D'Assurance, Tome 3, Paris.
- MOTA PINTO/PINTO MONTEIRO/CALVÃO DA SILVA (1982), *Jogo e aposta. Subsídios de fundamentação ética e histórico-jurídica*, Coimbra.
- NICOLAS (1998), "Contribution à l'étude du risque dans le contrat d'assurance", RGDA, nº 4.
- NICOLAS (2002), "La prime d'assurance", en *Traité de Droit des Assurances*, [BIGOT (Dir.)], tomo 3, Paris.
- PINDYCK/RUBINFELD (2001), *Microeconomics*, 5ª ed., New Jersey.
- PRIEST (1987), "The Current Insurance Crisis and Modern Tort Law", *Yale L. J.*, nº 96.
- ROTHSCHILD/STIGLITZ (1976), "Equilibrium in Competitive Insurance Markets: An Essay on the Economics of Imperfect Information", *Quart. J. Econ.*
- SÁNCHEZ CALERO (1999), "Artículo 4. Existencia del riesgo", *Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*, (SÁNCHEZ CALERO (Dir.)), Pamplona, (existe 4ª ed. 2010).
- SANTORO-PASSARELLI (1963), "La causa del contratto di assicurazioni", en *Studi sulle Assicurazioni. Raccolti in occasione del cinquantenario dell'istituto nazionale delle assicurazioni*, Roma.
- SANTOS BRIZ (1964), "Notas sobre los contratos de trabajo y del seguro como figuras negociales del derecho privado", RDP.
- SCALFI (1960), *Corrispettività ed alea nei contratti*, Milano.
- SCHMIDT, G. (1955), "Versuch einer Abgrenzung des Risikobegriffes in der Versicherungstechnik", *Beiträge zur Versicherungswissenschaft. Festgabe für Walter Rohrbeck zum 70. Geburtstag*, Berlin.
- SHAVELL (2008), *Economic Analysis of Accident Law*, London.
- SIEGELMAN (2004), "Adverse Selection in Insurance Markets: An Exaggerated Threat", *Yale L. J.*, nº 113.
- TAPIA HERMIDA (1999), "Aspectos polémicos del seguro de responsabilidad civil. Reflexiones sobre la jurisprudencia reciente", RDM.
- VASQUES (1999), *Contrato de seguro*, Coimbra.
- VITERBO (1932), "Il contratto d'assicurazione", Riv. Dir. Comm., I.

## Páginas Web

<http://www.cdc.gov/cancer/skin/statistics/race.htm>