

CONTRATO DE SEGURO Y MERCADO DIGITAL

INSURANCE CONTRACT AND DIGITAL MARKET

FÉLIX BENITO OSMA*

Fecha de recepción: 27 de mayo 2022

Fecha de aceptación 15 junio 2022

Disponible en línea: 30 de julio 2022

Para citar este artículo/To cite this article

BENITO OSMA, Félix. *El contrato de seguro en un mercado digital*, 56 Rev.Ibero-Latinoam. Seguros, 45-72 (2022). <https://doi.org/10.11144/Javeriana.ris56.csmd>

doi:10.11144/Javeriana.ris56.csmd

* Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Mercantil y Derecho de Seguros en la Facultad de Ciencias Jurídicas y en la Escuela de Postgrado de la Universidad Carlos III de Madrid (España). Abogado del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid. Secretario General de SEAIDA (Sección española de la Asociación Internacional de Derecho de Seguros). Miembro del Consejo de Presidencia de AIDA Mundial. Correo electrónico felix.benito.osma@uc3m.es; <https://fbenitosma.blogspot.com/> Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-4660-2969>



RESUMEN

El presente trabajo trata de aproximar a los lectores el Mercado Digital y su Derecho en la Unión Europea, concretamente el Mercado de seguros. Para ello, se toma en perspectiva la tecnología incipiente aplicada en el seguro desde la supervisión, la intermediación, la información, el asesoramiento, así como las relaciones y comunicaciones entre las partes e intervinientes del contrato de seguro en un entorno digital y electrónico. Por último, se analiza el principio de transparencia en el mercado de seguros con sus repercusiones jurídicas en la contratación de seguros mediante plataformas y sistemas de comunicación electrónicas.

Palabras clave: *mercados digitales, mercado digital de servicios financieros, mercado digital de seguros, sandbox, blockchain, insurtech, regtech, suptech, intermediación, información, transparencia.*

ABSTRACT

This article tries to bring readers closer to the Digital Market and its Law in the European Union, specifically the Insurance Market. To do this, the emerging technology applied in insurance is taken into perspective from supervision, intermediation, information, advice, as well as relationships and communications between the parties and participants in the insurance contract in a digital and electronic environment. Finally, the principle of transparency in the insurance market is analyzed with its legal repercussions in contracting insurance through platforms and electronic communication systems.

Keywords: *digital markets, digital financial services market, digital insurance market, sandbox, blockchain, insurtech, regtech, suptech, intermediation, information, transparency.*

SUMARIO

1. LOS MERCADOS DIGITALES Y SU DERECHO EN LA UNIÓN EUROPEA. 1.1 La Propuesta de Reglamento de Mercados Digitales. 1.2. La Propuesta de Reglamento de Servicios Digitales. 2. EL MERCADO DIGITAL DE LOS SERVICIOS FINANCIEROS. 2.1. Blockchain. Fintech e Insurtech. 2.2. La transformación Digital del Sistema Financiero–Sandbox. 3. EL MERCADO DIGITAL DE SEGUROS. 4. EL DERECHO DE SEGUROS EN UN MERCADO DIGITAL. 4.1. Regtech –*regulatory technology*– y Suptech –*supervisory technology*–. 4.2. La intermediación, información y asesoramiento digital de seguros y planes de pensiones. 4.3. Las relaciones y comunicaciones digitales y electrónicas. 5. LA TRANSPARENCIA EN EL MERCADO DIGITAL DE SEGUROS. 6. BIBLIOGRAFÍA

1. LOS MERCADOS DIGITALES Y SU DERECHO EN LA UNIÓN EUROPEA

Los Mercados se encuentran sujetos a un entorno social, económico, financiero, sanitario y tecnológico completamente distinto al que imperaba hace varias décadas. El Mercado en un sistema económico global con relaciones de todo tipo en línea producto de la hiperconexión aumenta e incentiva el desarrollo del denominado comercio electrónico *–e-commerce–*. como a su vez el riesgo de prácticas comerciales desleales en este nuevo mercado digital y de economía de los datos. Todo ello afectará al propio mercado general y a los consumidores en particular, principalmente, en las relaciones comerciales entre empresarios y entre los consumidores.

Estos factores han venido de la mano de la progresión de las infraestructuras digitales y de las redes de comunicaciones electrónicas¹ y de conectividad de redes e infraestructuras de muy altas capacidades (5G² y 6G³) dentro de una sociedad más madura, hiperconectada e ilusionada con las redes sociales, las aplicaciones móviles y las plataformas electrónicas cada vez más presentes que han propiciado un cambio vertiginoso en los hábitos de conducta y en el acceso no ya a la información sino a los bienes y productos en el Mercado. Ello permite que cada vez sea más importante que el Derecho adecúe esa tendencia socioeconómica digital imparable a las capacidades digitales, la educación digital, las estrategias digitales de las instituciones, los modelos empresariales sobre digitalización, la economía de los datos, la inteligencia artificial, la gobernanza, la protección de consumidores y la transparencia en este entorno.

La innovación técnica y tecnológica de las comunicaciones está propiciando una revolución social y económica en el uso razonable de la información como de su transmisión más instantánea con una gestión y un análisis automatizado.

La UE está aprobando iniciativas políticas integradoras y de fomento a la innovación y a la digitalización dentro del proceso de intercambio de bienes y servicios con la salvaguarda del principio de protección de los consumidores que garantiza el Derecho de la UE dentro un Mercado único interior más transparente, competitivo y sostenible.

De este modo, la UE es consciente de los retos y de los desafíos legales que supone la penetración de la digitalización principalmente en la ciudadanía, como destinatarios

¹ Directiva (UE) 2018/1972, de 11 de diciembre de 2018 por la que se establece el Código Europeo de las Comunicaciones Electrónicas (DO L 321, de 17.12.2018). Debe ser transpuesta por los Estados miembros y aplicada a partir del 21 de diciembre de 2020. Promueve la conectividad y el acceso a redes de muy alta capacidad, así como la utilización generalizada de las mismas, para todos los ciudadanos y las empresas de la Unión. Ese objetivo de la Directiva se posibilita con la Recomendación (UE) 2020/1307 de la Comisión, de 18 de septiembre de 2020, relativa a un conjunto de instrumentos comunes de la Unión para reducir el coste del despliegue de redes de muy alta capacidad y garantizar un acceso al espectro radioeléctrico 5G oportuno y favorable a la inversión, a fin de fomentar la conectividad y ponerla al servicio de la recuperación económica en la Unión tras la crisis de la COVID-19 (DO L 305, 21.09.2020).

² Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, la 5G para Europa: un Plan de Acción, 14 de septiembre de 2016 COM (2016) 588 final {SWD(2016) 306 final}.

³ Conclusiones del Consejo sobre la configuración del futuro digital de Europa (2020/C 202 I/01).

principales del uso y aplicación directa e indirecta de las tecnologías digitales. Una respuesta política y legal resulta prioritaria para afrontar la brecha digital en el acceso a las infraestructuras y a las redes, por las diferentes situaciones personales y de otra índole que pudieran tener los ciudadanos y las empresas. A parte de estas consideraciones, debe propiciarse el conocimiento y el aprendizaje respecto a su uso y también a su comprensión atendiendo cada una de las situaciones. Para ello, es esencial una mejora de la capacidad, del aprendizaje, de la educación, de la comprensión y de las competencias y habilidades para la transformación digital⁴ de las sociedades, de los ciudadanos y de los mercados.

La COVID nos ha guiado forzosamente a pensar y actuar en “digital” demostrándose que la sociedad, especialmente, las personas de corta y de edad avanzada no estaban enseñadas ni tenían las capacidades digitales suficientes para su inmersión directa.

Ese cambio abrupto del camino hacia la digitalización en tan corto espacio de tiempo ha expresado las enormes diferencias y el déficit de quienes no habían recibido ayuda de aprendizaje y de educación digital sobre aquellos otros que sí disponían de alguna habilidad y de una cierta alfabetización e información digital. También, durante este intervalo de tiempo pandémico se han visto incrementados el número de proveedores como de servicios de contenido digital, lo que justifica la necesidad política y normativa en la tarea de acercamiento, comprensión y apoyo a la digitalización de la sociedad, de las empresas y del mercado en general, desde la formación, la educación, la transparencia y la competitividad.

Desde esta perspectiva, la UE ha programado hace más de una década⁵ paulatinamente⁶ varias Estrategias sobre el Mercado Único Digital y la Economía

⁴ Conclusiones del Consejo sobre la educación digital en las sociedades europeas del conocimiento (2020/C 415/10). (35) PIDE a la Comisión que presente un plan de acción revisado para la 5G y la 6G respaldado por las medidas de financiación adecuadas, basadas en fondos tanto del marco financiero plurianual como del Fondo Europeo de Recuperación. Con estas medidas se podrá establecer el marco adecuado que permita a todas las partes interesadas invertir en las soluciones de redes y servicios 5G más avanzadas, de conformidad con los principios del Derecho de la competencia, e incentivar a las empresas europeas para que empiecen a elaborar y desarrollar capacidades tecnológicas de 6G. Reconoce la importancia de proteger la propiedad intelectual e industrial para incentivar las inversiones en I +D y así lograr la participación sostenida de la industria de la UE en la elaboración de tecnologías fundamentales de 5G y 6G, necesarias para alcanzar los objetivos de conectividad de la UE para 2025.

⁵ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: <<Una agenda Digital para Europa>>, 19 de mayo de 2010. COM/2010/0245 final.

⁶ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: <<Un marco coherente para aumentar la confianza en el mercado único digital del comercio electrónico y los servicios en línea. COM (2011) 942 final, de 11 de enero de 2012; Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: <<Mejorar la Gobernanza del Mercado Único Digital. COM (2012) 259 final, de 8 de junio de 2012. Resolución del Parlamento Europeo, de 4 de julio de 2013, sobre la culminación del mercado único digital; Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: <<Una Estrategia para el Mercado Único Digital de Europa. COM/2015/0192 final; Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: <<Las plataformas en línea y el mercado único digital. Retos y oportunidades para Europa. COM (2016), 288 final, 25 de mayo de 2016.

de bienes y servicios basada en Datos⁷, en línea⁸ y colaborativa⁹ alineadas con el principio general de protección de los datos¹⁰ Aunque la más significativa de todas ellas consiste actualmente en el Programa Europa Digital¹¹. El objeto del reglamento es acelerar la transformación digital de la economía, de la industria, de la sociedad, las administraciones públicas y de las empresas en toda la UE.

Por su parte, el Parlamento Europeo adoptó varias resoluciones basadas en el art. 225 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE):

- «Ley de servicios digitales: una mejora del funcionamiento del mercado único¹²».
- «Ley de servicios digitales: adaptación de las normas de Derecho mercantil y civil a las entidades comerciales que operan en línea¹³».
- «Ley de servicios digitales y cuestiones relacionadas con los derechos fundamentales¹⁴».

Estas resoluciones no legislativas abogan por el mantenimiento de los principios básicos de la Directiva **2000/31/CE** sobre el Comercio Electrónico y sobre la Sociedad de la Información, pero abren una perspectiva de mejora de la normativa y de funcionamiento del Mercado interior Digital, de las medidas de protección de los consumidores y de garantía de la confianza de estos en la economía digital, respetándose al mismo tiempo los derechos fundamentales de los usuarios.

⁷ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: Iniciativa Europea de computación en la Nube: construir en Europa una economía competitiva de los datos y del conocimiento. COM (2016), 78 final, de 19 de abril de 2016.

⁸ Reglamento (UE) 2019/1150 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre el fomento de la equidad y la transparencia para las empresas que utilizan servicios de intermediación en línea (DO L 186 de 11.7.2019).

⁹ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: «Una Agenda Europea para la economía colaborativa». COM (2016), 356, de 2 de junio de 2016.

¹⁰ Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos) DO L 119, 4.5.2016. Reglamento (UE) 2018/1807 del Parlamento europeo y del Consejo de 14 de noviembre de 2018 relativo a un marco para la libre circulación de datos no personales en la Unión Europea, DO L 303 de 28.11.2018.

¹¹ Reglamento (UE) 2021/694, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2021 por el que se establece el Programa Europa Digital y por el que se deroga la Decisión (UE) 2015/2240 (DO L 166, de 11.5.2021).

¹² Parlamento Europeo, Resolución sobre una mejora del funcionamiento del mercado único [2020/2018(INL)].

¹³ Parlamento Europeo, Resolución sobre la adaptación de las normas de Derecho mercantil y civil a las entidades comerciales que operan en línea [2020/2019(INL)].

¹⁴ Parlamento Europeo, Resolución sobre la Ley de servicios digitales y cuestiones relacionadas con los derechos fundamentales [2020/2022(INI)].

1.1. La Propuesta de Reglamento de Mercados Digitales

Esta Propuesta conocida con la expresión inglesa *–Digital Markets Act (DMA)–* se basa en el Reglamento *Platform to Business (P2B)*¹⁵. Tiene como principal objetivo el establecimiento de un marco jurídico coherente proporcional y eficaz del mercado de las plataformas en línea, como proveedor de servicios básicos y a su vez como guardián de acceso desde la libre competencia y de prestación de servicios en el Mercado Interior en un entorno que garantice la innovación, la disputabilidad, la equidad, la transparencia y el acceso en el mercado.

Estos servicios de plataformas básicas incluyen: i) servicios de intermediación en línea (incluidos, por ejemplo, mercados, tiendas de aplicaciones y servicios de intermediación en línea en otros sectores como la movilidad, el transporte o la energía), ii) motores de búsqueda en línea, iii) redes sociales iv) servicios de plataformas de intercambio de vídeos, v) servicios de comunicaciones electrónicas interpersonales independientes de la numeración, vi) sistemas operativos, vii) servicios en la nube y viii) servicios de publicidad, incluidas las redes de publicidad, los intercambios publicitarios y cualquier otro servicio de intermediación publicitaria, en los que estos servicios de publicidad estén relacionados con uno o más de los demás servicios de plataformas básicas mencionados anteriormente.

Los proveedores de servicios de plataformas básicas pueden considerarse guardianes de acceso *–gatekeepers–* si: i) tienen un impacto significativo en el mercado interior, ii) operan una o más puertas de acceso importantes hacia clientes y iii) tienen o es previsible que vayan a tener una posición afianzada y duradera en sus operaciones.

1.2. La Propuesta de Reglamento de Servicios Digitales

Esta Propuesta conocida con la expresión inglesa *–Digital Service Act– (DSA)* tiene por objeto la regulación armonizada de las responsabilidades de los prestadores de servicios digitales, especialmente, de las plataformas en línea. Contempla a los prestadores de servicios intermediarios, los prestadores de servicios de alojamiento de datos, las plataformas en línea, así como las grandes plataformas en línea.

La DSA mantiene los principios básicos fundamentales de la responsabilidad de los prestadores de servicios digitales y al mismo tiempo introduce nuevas obligaciones y responsabilidades a los prestadores de servicios intermediarios en su función de conectar a los consumidores con bienes, servicios y contenidos para crear un entorno en línea transparente y seguro. Además, establece obligaciones adicionales a las plataformas en línea, en particular a las grandes plataformas.

¹⁵ Reglamento (UE) 2019/1150 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre el fomento de la equidad y la transparencia para los usuarios profesionales de servicios de intermediación en línea (DO L 186 de 11.7.2019).

2. EL MERCADO DIGITAL DE LOS SERVICIOS FINANCIEROS

2.1. Blockchain. Fintech e Insurtech

La tecnología “*blockchain*” armará esa construcción de transacciones electrónicas de bienes y de servicios en línea mediante un sistema de registro descentralizado de confianza distribuida, así como la emisión de nuevos activos e instrumentos financieros –“*tokenización*”– incluso de criptomonedas basadas en dicha tecnología. En este sentido, esta innovación tecnológica supondrá un paso extraordinario y significativo de lo que fue internet para el comercio electrónico en las transacciones electrónicas de bienes y servicios.

Esta tecnología permitirá un cambio de paradigma desde el ámbito subjetivo y objetivo principalmente en tres áreas del sistema financiero:

- a) la emisión y liquidación de valores e instrumentos financieros;
- b) la representación de los valores e instrumentos financieros;
- c) la transacción como la negociación de activos, bienes y servicios financieros.

Un claro ejemplo de transformación digital será la emisión, liquidación y custodia de cripto-activos financieros y de deuda en un sistema de cadena de bloques a través de plataformas electrónicas.

Esa tendencia social y económica digital transformará las normas de constitución, funcionamiento, decisión y administración de las sociedades mercantiles¹⁶, respecto a los siguientes aspectos:

- a) la libre constitución y apertura de sociedades y sucursales transfronterizas;
- b) las estructuras organizativas de decisión y de administración societaria¹⁷;
- c) la legitimación y el ejercicio de los derechos patrimoniales, económicos y políticos de los accionistas y de los socios, así como de las transacciones por medio de sistemas electrónicos;
- d) los procedimientos técnicos en la cadena de producción, distribución y logística de los bienes y servicios.

¹⁶ Directiva (UE) 2019/1151 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 en lo que respecta a la utilización de herramientas y procesos digitales en el ámbito del Derecho de sociedades (DO L 186 de 11.7.2019). Véase García Mandaloniz, M., *Una sociedad mercantil simplificada y digitalizada. Un ecosistema emprendedor, innovador, inclusivo y sostenible*, Dykinson, 2020.

¹⁷ Sobre la banalización y enervación del órgano de administración en las sociedades mercantiles, véase PORTELLANO DÍEZ, P. “Repercusión de la tecnología blockchain sobre el órgano de administración” *Digitalización de Sociedades*. Cuadernos de Derecho para Ingenieros, n° 54, Wolters Kluwer, 2021, pp. 135-148.

La Estrategia de un Mercado Único Digital conllevará a una nueva adecuación de los principios de tutela y de seguridad jurídica en la contratación entre empresarios y consumidores de bienes, servicios y contenidos digitales, o no, especialmente, con nuevos proveedores, operadores y prestadores de servicios electrónicos o “digitales”¹⁸ y de pago¹⁹.

Los avances de la tecnología son permanentes mientras el Derecho muestra dudas y resistencia a su lógica adaptación y reconocimiento normativo. Quizás la pandemia como hecho notorio extraordinario consecencial agilizará dicho proceso de transformación y de consolidación en la medida de lo posible. Son actitudes las que también serán objeto de revisión ante la compleja y abstracta comprensibilidad de la tecnología con fin de acomodar la regulación existente a estos novedosos sistemas de acceso a la información, al conocimiento y a los bienes y servicios en un mercado regulado o no.

No tratemos en absoluto aspirar a una regulación pormenorizadas de las tecnologías innovadoras modernas. Ese no debe ser el objeto del Derecho, sino que aquellas tan sólo sean reconocibles y comprensibles por sus productores e intérpretes.

Desde esta afirmación habría que buscar las fórmulas pertinentes que nos permitan su adecuación o su reformulación con las instituciones y las categorías jurídicas existentes en el ordenamiento como en el mercado, regulado o no. Dentro de los mercados regulados, en particular, el mercado financiero constituye el gran exponente hacia esa nueva regulación financiera tecnológica con la llegada de nuevos y potenciales proveedores, operadores y competidores innovadores tecnológicos; nuevos procedimientos y servicios tecnológicos destinados a este mercado en régimen de libre competencia, que han sido incluidos dentro de la terminología comúnmente aceptada como *Fintech*²⁰ –tecnología financiera– e *Insurtech*²¹ –tecnología de seguros–.

Los procesos de contratación mediante el uso de sistemas de inteligencia artificial con tecnología descentralizada *blockchain –distributed ledger technology (DLT)*– contribuirán primeramente al conocimiento de los datos, a la automatización y, por

¹⁸ Directivas (UE) 2019/770, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales; Directiva (UE) 2019/771, de 20 de mayo de 2019 relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes, por la que se modifican el Reglamento (CE) n° 2017/2394 y la Directiva 2009/22/CE y se deroga la Directiva 1999/44/CE.

Estas Directivas han sido transpuestas por el Real Decreto-Ley N° 7/2021, de 27 de abril, de transposición de directivas de la Unión Europea en las materias de competencia, prevención del blanqueo de capitales, entidades de crédito, telecomunicaciones, medidas tributarias, prevención y reparación de daños medioambientales, desplazamiento de trabajadores en la prestación de servicios transnacionales y defensa de los consumidores. Esta transposición se ha efectuado mediante una modificación al TRLGDCU.

¹⁹ PEÑAS MOYANO, M^a J. *Régimen jurídico de los servicios de pago en el Derecho Español*, Revista Derecho del Sistema Financiero, monografía n° 1, 2020.

²⁰ Puede verse en SANZ BAYÓN, P. “Desafíos jurídicos del mercado ante la revolución digital”. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ-BARRERA, P. y MARTÍNEZ MUÑOZ, M. (Coord.). *Estudios de Derecho Mercantil y Derecho Tributario*, Aranzadi, 2019, pp. 256-258.

²¹ Véase, ALARCÓN FIDALGO, J. “El futuro Libro Blanco de las Insurtech”, *Revista Española de Seguros*, n° 180, 2019, pp. 373-395; GALÁN LÓPEZ, C. “Los Insurtech”, *La digitalización en los mercados financieros*. Cuadernos de Derecho para Ingenieros, Wolters Kluwer, 2019, pp. 83-93.

último, a la ejecución de la contratación como de su cumplimiento en la cadena productiva y logística.

Desde este planteamiento surgen los llamados contratos inteligentes “*smart contracts*”²² que permitirán una contratación programada, eficiente, ágil y lo más relevante asumen los riesgos de cumplimiento o de ejecución del contrato, pues no quedan al arbitrio exclusivo de una de las partes gracias a la inmutabilidad como a la programación algorítmica.

Por último, el objeto y la causa de los contratos consisten principalmente en un intercambio de obligaciones y de intereses entre las partes, la entrega de un bien o la prestación de un servicio a cambio de un precio cierto, en dinero o en signo que lo represente (art. 1445 CC). Entonces diríamos que estamos iniciando el proceso hacia lo que pudiera decirse “contratos instantáneos personalizados” y aquellos otros en los que el precio será determinable a través de un medio o modo de pago tecnológico/ electrónico (plataformas, divisas digitales, criptomonedas) e incluso dependiendo de las circunstancias algorítmicas descritas en el propio contrato.

2.2. La transformación Digital del Sistema Financiero-Sandbox

Desde la perspectiva de nueva regulación financiera en sí misma nos encontramos con la Ley N° 7/2020, de 13 de noviembre, para la transformación digital del sistema financiero. La mencionada Ley no aspira, a priori, a ser una norma expansiva de cambio estructural de las entidades financieras y de su negocio sino una regulación favorable a la innovación financiera de base tecnológica sobre la base de un proyecto piloto controlado de pruebas sujetas al seguimiento de las autoridades supervisoras. Tendrá un carácter experimental, provisional²³ hacia una mejor regulación²⁴.

La razón de la norma será contribuir a la mejor comprensión de la tecnología por las autoridades supervisoras competentes en sus funciones de vigilancia del mercado (CNMV, BdE y DGSFP) sobre nuevos modelos de negocio, procesos, aplicaciones o productos en términos también de seguridad, calidad y de eficiencia.

Por tanto, el objeto de la Ley es aproximar el mercado emergente a los reguladores con una interacción entre sus productores y las autoridades competentes, quedándose fuera las corporaciones y organizaciones asociativas representativas del sector financiero, como

²² Véase, FELIU REY, J. “Smart contract: una aproximación jurídica”, Madrid Parra, A (Dir.), *Derecho Mercantil y Tecnología*, Aranzadi, 2018, pp. 395-425.

²³ Véase ZUNZUNEGUI, F. “Aproximación al espacio controlado de pruebas (regulatory sandbox)”, *Revista General de los Sectores Regulados*, núm. 6, 2020.

²⁴ Conclusiones del Consejo sobre los espacios controlados de pruebas y las cláusulas de experimentación como herramientas de un marco normativo favorable a la innovación, resistente al paso del tiempo y que dé respuesta a los retos disruptivos en la era digital (2020/C 447 23.12.2020): << 10. DESTACA que los espacios controlados de pruebas pueden brindar la oportunidad de potenciar la regulación mediante un aprendizaje normativo proactivo, propiciando que los reguladores adquieran un mayor conocimiento normativo y detecten los mejores medios para regular las innovaciones a partir de ensayos con datos reales, especialmente en una fase muy temprana, lo que puede ser especialmente importante frente a grandes incertidumbres y retos perturbadores, así como para la elaboración de nuevas políticas>>.

los agentes económicos y sociales. Debemos tener presente la creación de un consejo consultivo de transformación digital adscrito al Ministerio de Asuntos Económicos y transformación, cuyas funciones van dirigidas al asesoramiento de políticas de digitalización de la economía con representación de diferentes colegios profesionales, organizaciones empresariales y de consumidores y asociaciones sectoriales²⁵.

De igual modo, permitirá el conocimiento de cuál puede ser el impacto regulatorio en el propio mercado, como de los riesgos financieros tecnológicos y de fraude que subyacen²⁶. Ha sido publicada la convocatoria de solicitudes para la admisión de los proyectos-pilotos innovadores²⁷. Las solicitudes se presentan en la secretaria general del Tesoro y Financiación Internacional que habrán de cumplir los términos del art. 5 de la Ley, con inclusión del régimen de las garantías. Dichas solicitudes serán objeto de evaluación previa a fin de efectuar el informe motivado favorable o desfavorable con el conocimiento de una Comisión de Seguimiento²⁸.

La admisión favorable de estos proyectos piloto presentados²⁹ no supondrá ninguna autorización. Desde el momento de la admisión el promotor tendrá que efectuar un

²⁵ Orden ETD/920/2020, de 28 de septiembre, por la que se crea y regula el Consejo Consultivo para la Transformación Digital.

²⁶ Estas autoridades de supervisión del mercado convergerán con los desarrollos tecnológicos en el mercado fortaleciendo la ciberseguridad frente a los riesgos y los fraudes cibernéticos.

²⁷ Resolución de 15 de diciembre 2020, de la Secretaría General del Tesoro y Financiación Internacional, por la que se convoca la presentación de solicitudes para el acceso al espacio controlado de pruebas previsto en la Ley N° 7/2020, de 13 de noviembre, para la transformación digital del sistema financiero. El plazo de solicitud fue ampliado. Actualmente, se ha sido publicada una segunda convocatoria mediante la resolución de 15 de junio 2021.

²⁸ De conformidad con lo establecido en el art. 23.1 de la Ley N° 7/2020, de 13 de noviembre, para la transformación digital del sector financiero, el Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital por medio de la Orden ETD/1305/2020, de 29 de diciembre, por la que se regula la Comisión de Coordinación prevista en la Ley N° 7/2020, de 13 de noviembre, para la transformación digital del sector financiero, ha materializado la constitución de la comisión de Coordinación del *sandbox* financiero y asegurador.

El objeto de esta Comisión será el seguimiento e impulso, además del conocimiento de las solicitudes presentadas y los resultados de evaluación previa realizada por las autoridades supervisoras; y los motivos de admisión e inadmisión de los distintos proyectos-pilotos.

La Comisión no tiene capacidad decisoria sobre aspectos que afecten al espacio de pruebas, puesto que éstas recaen sobre las autoridades competentes.

La Comisión de Coordinación está integrada por quince miembros:

Tres representantes del Gabinete Técnico y de Análisis Financiero de la Secretaría General del Tesoro y Financiación Internacional que serán nombrados por el secretario general del Tesoro y Financiación Internacional. Uno de los mismos ejercerá en calidad de presidente de la comisión de coordinación y otro en calidad de secretario de la Comisión de Coordinación.

Un representante de la secretaría de Estado de Digitalización e Inteligencia Artificial.

Tres representantes de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones.

Tres representantes del Banco de España.

Tres representantes de la Comisión Nacional del Mercado de Valores.

Un representante del Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias (SEPBLAC).

Un representante de la Agencia Española de Protección de Datos.

²⁹ Téngase en cuenta la Resolución del 14 de mayo de 2021, de la Secretaría General del Tesoro y Financiación Internacional, según lo previsto en el art. 7 de la Ley N° 7/2020, de 13 de noviembre, para la

protocolo en el que se establezcan las normas y las condiciones a las que se sujetará el proyecto piloto que habrá de ser objeto de seguimiento. Una vez terminado el proyecto piloto o durante su desarrollo conforme a lo dispuesto en el mismo podrá el promotor solicitar la autorización o la ampliación de la misma. Los plazos como el trámite de cumplimiento a efectos de la autorización podrán reducirse con un análisis simplificado.

Resulta relevante que esos proyectos de prueba transformadores muestran un claro signo disruptivo en la conceptualización del operador como en los procesos de contratación, en el diseño de los productos, en la identificación electrónica de los potenciales clientes, en el acceso a la información principal precontractual del producto, como en las advertencias o en los riesgos a fin del conocimiento y de la comprensibilidad de los sujetos y de los productos.

Esa doble perspectiva que acompaña esta norma provisional determinará la llegada temprana de nuevos operadores competidores como de nuevos procesos de diseño, comunicación y contratación de productos. Esta Ley será clave para resolver, primeramente, los conflictos de intereses existentes en cuanto al acceso en el mercado con aquellos operadores tradicionales y, por otro, con los nuevos y potenciales en términos de legalidad, buena regulación, seguridad jurídica y tecnológica.

En estos mercados financieros se presentan claras dudas respecto a la intermediación financiera en la contratación como a los instrumentos financieros, a los servicios de pago y de inversión que serán más o menos descentralizados dando lugar a una antinomia desde la óptica de la regulación, supervisión y la competencia del mercado. Por otro lado, el conflicto entre el regulador y el mercado se produce con la vigilancia en el seguimiento del proyecto piloto, pues recae en quien corresponderá en última instancia autorizar o ampliar la actividad de prueba. No obstante, la Ley de Transformación Digital del Sistema Financiero trata de preservar su actuación con el respeto a los principios de proporcionalidad, no discriminación y de protección, pero quizás estas atribuciones aflorarán el debate sobre la independencia de las autoridades competentes en términos de transparencia regulatoria y supervisora.

De este modo, observamos que paralelamente a estos proyectos de pruebas innovadores³⁰ se entremezclan otras normas no estrictamente financieras, pero sí de índole electrónica relativas a la identificación y a los servicios de confianza para las transacciones electrónicas. Nos referimos a la Ley N° 6/2020, de 11 de noviembre, reguladora de determinados aspectos de los servicios electrónicos de confianza.

transformación digital del sistema financiero, por la que se publica el listado de proyectos presentados al espacio controlado de pruebas (Sandbox) que han recibido una evaluación previa favorable. Destacan 18, entre los cuales, 4 proyectos en seguros, que ha recibido la evaluación favorable de la DGSFP. Aparecen en el anexo de la citada resolución. Concretamente, Cobertoo, pensión por consumo, seguro de decesos inteligente, solución Regtech para el GRD de compañías de seguros.

³⁰ En cuanto a la innovación tecnológica empleada, muchos de los proyectos se basan en biometría e identidad digital, tecnología de registros distribuidos (*blockchain*), computación en la nube, inteligencia artificial, Internet de las cosas y Big Data. https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/asuntos-economicos/Paginas/2021/24022021_sandbox.aspx

El objeto de la Ley N° 6/2020 es adaptar nuestro ordenamiento jurídico al marco regulatorio de la UE con respeto a lo ya previsto en el Reglamento (UE) n° 910/2014, de 23 de julio, relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior y por el que se deroga la Directiva 1999/93/CEE de firma electrónica. Tiene la Ley una función complementaria en aquellos aspectos concretos que el Reglamento no armoniza y que cuyo desarrollo queda reservado a los diferentes Estados miembros, cuyas disposiciones han de ser interpretadas con él. Esta Ley deroga la Ley N° 59/2003 de firma electrónica y el art. 25 de la Ley N° 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (LSICE), referido a los terceros de confianza.

La comprobación o verificación de la identidad³¹ de los solicitantes, personas físicas y de las jurídicas, con los certificados cualificados de firma electrónica y de sello electrónico expedidos por los prestadores de servicios electrónicos de confianza. A ello, habrá de añadirse cuáles serán los derechos y los deberes digitales de los usuarios³² y de los proveedores de servicios dentro de los principios de equivalencia, de neutralidad, de no discriminación y de seguridad en el acceso, de la contratación y de pago digital/electrónico.

3. EL MERCADO DIGITAL DE SEGUROS

El mercado y la ciencia del seguro no pueden ni deben mostrar una lejanía a este fenómeno disruptivo con variadas connotaciones. Esta revolución continua tecnológica propiciará una adaptación sistémica de los operadores tradicionales junto a la entrada de otros sujetos en régimen de competencia o simplemente como colaboradores externalizados en las actividades propias de los operadores en el Mercado de seguros.

En este desafío digital jugará la autoridad supervisora del Mercado de Seguros un papel fundamental para su convergencia, con el manejo de datos e información que reportan cada uno de los sujetos supervisados en el mercado y de aquellos otros incipientes que se muestran bajo la supervisión de la norma experimental y de protocolos de prueba.

Ese proceso de digitalización del negocio asegurador dependerá en gran medida de la industria como a su vez de los propios supervisores. Es importante destacar el objeto típico de la actividad aseguradora: la intermediación y la colocación de productos

³¹ La identidad de quien solicite el certificado se acreditará con el documento nacional de identidad mediante su personación de la persona física ante los encargados de verificarla. La personación puede sustituirse por la solicitud del certificado de expedición con firma legitimada en presencia notarial. Se admite que mediante orden del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital la posibilidad en la determinación de otras condiciones o requisitos técnicos de verificación de la identidad a distancia y, si procede otros atributos específicos de la persona solicitante del certificado, mediante otros métodos de identificación como videoconferencia o video-identificación que aporten una seguridad equivalente en términos de fiabilidad de la presencia física según su evaluación por un organismo de evaluación de la conformidad. A este respecto, Orden ETD/465/2021, de 6 de mayo, por la que se regulan los métodos de identificación remota por vídeo para la expedición de certificados electrónicos cualificados.

³² Véase el título X. Garantía de los derechos digitales (arts. 79-97) de la Ley Orgánica N° 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.

de seguros con la transferencia y gestión prudente y sana de los riesgos soportados/traspasados a cambio del cobro de primas de seguro.

Desde estos dos elementos principales u esenciales del seguro, riesgo y prima, descansan las operaciones de seguros. La perfección de los riesgos como de sus cálculos actuariales y financieros dependerán en gran medida de los nuevos métodos y sistemas automatizados que en la actualidad pueden disponer los aseguradores y sus colaboradores. De este modo, las redes sociales, las plataformas, las aplicaciones móviles en línea basadas en inteligencia artificial e internet de las cosas permitirán a todos aquellos el conocimiento, el análisis y la gestión monitorizada de los grandes datos o macrodatos –*big data*³³–, que viene en línea con la ley de los grandes números.

La Digitalización del Mercado de Seguros, en sus distintas perspectivas innovadoras tecnológicas, contribuirá a su mejora en términos de eficiencia, transparencia, sostenibilidad y competitividad, tanto para los operadores, proveedores como para sus destinatarios, la clientela.

Esa Digitalización transformará la industria de seguros y reaseguros en su organización y su funcionamiento empresarial, pero a su vez en el modelo de negocio. Los procedimientos habituales de comunicación, comercialización y distribución de contratos de seguro serán prácticamente en su totalidad en línea.

Las comunicaciones electrónicas mediante plataformas tecnológicas interactivas entre el asegurador, los mediadores de seguro y los tomadores contribuirán a que, cada uno de ellos, estén perfectamente identificados electrónicamente como informados permanentemente durante la vida del contrato de seguro. Un desafío regulatorio es y serán las plataformas de aseguramiento colaborativo y colectivo, desde la perspectiva de las partes intervinientes en el contrato de seguro, como asegurador, intermediario, tomador y el grupo de asegurados. Por supuesto que también, en este mismo escenario el asegurador puede convertirse en una segunda capa protectora garante en caso de insuficiencia de fondos de la colectividad colaborativa para atender las reclamaciones por siniestros del grupo.

Estas herramientas tecnológicas facilitarán en suma la transparencia como principio general imperante tanto en un entorno analógico como tecnológico y electrónico. Sin embargo, dicho principio será mucho más relevante en este medio siempre y cuando se provean de otros elementos necesarios, principalmente, del uso de un lenguaje digital sencillo estandarizado.

El acercamiento del seguro y de los operadores al Mercado en términos de transparencia mejorará de algún modo la buena reputación de todos y cada uno de los proveedores directos e indirectos del servicio de seguros. En definitiva, las buenas prácticas y conductas en el Mercado supervisado de Seguros.

³³ Véase ALARCÓN FIDALGO, J. “La aportación del uso masivo de datos (Big Data) y de la cadena de bloques”, *Revista Española de Seguros*, núm. 173, 2018, pp. 63-89. Recientemente, MUÑOZ PAREDES, M^a L. “Big data” y contrato de seguro: los datos generados por los asegurados y su utilización por los aseguradores”, HERGO LORA, A (Dir.). *La regulación de los algoritmos*, Aranzadi, 2020, pp. 129-162.

La Digitalización coadyuvará a la mejora de la educación/cultura financiera-asegurativa en el Mercado de Seguros.

4. EL DERECHO DE SEGUROS EN UN MERCADO DIGITAL

El Derecho no puede llevarnos a situaciones límites como al propio absurdo sino a la verdadera y acertada solución normativa y jurídica más racional, lógica y transparente según la realidad social del tiempo a su aplicación. El Mercado ha de ofrecer libremente bienes y servicios de manera clara, oportuna, suficiente, objetiva y no engañosa con mecanismos, herramientas y fuentes de transmisión y de comunicación con un acceso fácil, comprensible y transparente.

Constituye, pues, el momento oportuno para que reflexionemos acerca del Derecho, de la Ley y de la Justicia, en tiempos de verdaderos desafíos económicos, legislativos y sociales internacionales a los que la tecnología iniciará un proceso racional y razonable de unificación, simplificación y de modernización en el ámbito público y privado del Derecho del Mercado que de ruptura y de fragmentación normativa y doctrina jurisprudencial. Es el caso en el que verdaderamente nos encontramos de desconcierto y de inseguridad por el desconocimiento de las herramientas tecnológicas presentes con aquellas otras ofrecidas por el Derecho vivo vigente.

Cada vez nos encontramos con más propuestas normativas superpuestas europeas y más normas nacionales incluso con pronunciamientos judiciales de uno u otro signo en distintas instancias que generan incertidumbre como inseguridad jurídica.

El Mercado, hoy digital, exige una mayor celeridad. Este Mercado no necesita más normas, sino que éstas sean uniformes, proporcionales, claras, sencillas, transparentes. Dejemos la circulación despejada con una norma moderna circulatoria uniforme para todos, que permita justamente un giro adaptativo técnico de calidad que garantice un Mercado de Seguros moderno, transparente y competitivo.

La digitalización como la transparencia en el Mercado de seguros podrán de algún modo dar respuesta a las cuestiones formales, institucionales y materiales planteadas en la práctica desde hace bastante tiempo. Esa modernización del Derecho de Seguros empezará con el acceso y supervisión de los proveedores, de los prestadores de servicios, de los aseguradores y de los mediadores, de los colaboradores externos y de sus relaciones con el supervisor y con su clientela dentro de un entorno de ciberseguridad.

4.1. Regtech –regulatory technology– y Suptech –supervisory technology–

Nos encontramos con un Mercado de Seguros regulado y supervisado prudencialmente que supone un acceso sometido a una autorización previa, inscripción y comunicación administrativa, además de un intercambio periódico de información y de datos tanto cuantitativos como cualitativos entre las autoridades de supervisión y los operadores mediante programas, plataformas y sistemas tecnológicos.

El Mercado de Seguros descansa en:

- i) un sistema de solvencia basado en el riesgo –*risk-based solvency* (RBS)–,
- ii) un sistema de gobierno y de supervisión prudencial adecuada a una gestión sana y prudente, y
- iii) un sistema de transparencia con exigencias recíprocas de información y de control sobre prácticas y conductas de mercado a fin de garantizar la solvencia y la buena reputación en el mercado de la actividad de seguros en relación con la protección de la clientela.

Las autoridades de supervisión nacionales forman parte de la autoridad europea de seguros y pensiones de jubilación³⁴ (AESPJ/EIOPA), lo que conlleva a que se promueva una regulación y supervisión coherente y convergente en la Unión Europea, con el establecimiento de directrices y recomendaciones³⁵, especialmente aquellas sobre gobernanza y seguridad de las tecnologías de la información y de las comunicaciones³⁶.

Así pues, las autoridades nacionales habrán de reportar notificaciones e incidencias a la AESPJ principalmente en asuntos de conflicto transfronterizos de entidades en régimen de derecho de establecimiento o en régimen de libre prestación de servicios, solicitándose a ella su asistencia en caso de que haya sido imposible una solución amistosa bilateral. Para ello, se ha visto necesario reforzar ese intercambio de información sobre entidades aseguradoras y reaseguradoras que actúen en régimen de derecho de establecimiento o en régimen de libre prestación de servicios previéndose la facultad de solicitar a la AESPJ/EIOPA la creación, participación y coordinación de plataformas colaborativas³⁷ entre las mismas autoridades nacionales, a fin de prevenir efectos negativos a los tomadores y asegurados en determinadas circunstancias y condiciones³⁸.

Teniendo en cuenta este escenario tecnológico dentro de las facultades de cumplimiento regulatorio y de supervisión afloran soluciones *regtech* aplicables tanto a los operadores como a los reguladores, así como soluciones *suptech* que han sido puestas de manifiesto por la AESPJ/EIOPA en diferentes documentos de discusión

³⁴ Véase Reglamento (UE) n° 1094/2010, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de noviembre de 2010, por el que se crea una Autoridad de Europa de Supervisión (autoridad europea de seguros y pensiones de jubilación).

³⁵ Véase el art. 17 LOSSEAR.

³⁶ https://www.eiopa.europa.eu/sites/default/files/publications/eiopa_guidelines/eiopa-gls-ict-security-and-governance-es.pdf

³⁷ La Directiva (UE) 2019/2177, de 18 de diciembre, por la que se modifica la Directiva Solvencia II, concretamente incorpora la sección 2 bis, arts. 152 bis y 152 ter –notificación y plataformas colaborativas– El RD 2288/2021, de 20 de abril, por el que se modifica ROSSEAR (2015) transpone la citada Directiva añadiendo el art. 35 bis. Plataformas colaborativas.

³⁸ Cuando dichas actividades sean relevantes respecto al mercado de un Estado miembro de acogida; cuando de conformidad con los arts. 28.7 y 29.7, el Estado miembro de origen hayan informado de una situación de deterioro de las condiciones financieras u otros riesgos emergentes o en los casos en que el asunto haya sido remitido a la AESPJ de conformidad con los arts. 28.7 y 29.7.

desde principios del año 2020³⁹. Ahora en el año 2021⁴⁰ plantea cuestiones relativas al uso de *blockchain/smart contract* como herramientas útiles de “*regtech*”⁴¹ y “*suptech*” eficientes para las autoridades e incluso para la llevanza y gestión de registros y listas de entidades y de intermediarios de seguros y reaseguros.

De igual manera, debe traerse a colación la Estrategia de Finanzas Digitales para el sector financiero de la UE⁴², que incorporara propuestas sobre el mercado de criptoactivos, un régimen piloto de las infraestructuras del mercado basadas en la tecnología de registro descentralizado y sobre la “*resiliencia operativa digital*”⁴³ del sector financiero –*Digital Operational Resilience Act (DORA)*–.

Esta propuesta tiene por objeto la unificación de criterios y de actuación conjunta sobre la resiliencia operativa digital para las entidades financieras de la UE y para las autoridades de supervisión financiera, a fin de adoptar normas técnicas armonizadoras de gestión y control de riesgos de las tecnologías de la información y de la comunicación (TIC).

De este modo, las entidades del mercado de seguro y de reaseguro estarán obligadas a la implantación de normas técnicas bajo el control y la supervisión de las autoridades competentes desde la gestión de riesgos de seguridad y de auditoría y otras propias de su actividad.

El Reglamento comprenderá la función de gestión de riesgos, la notificación de incidentes a las autoridades competentes, las pruebas de resiliencia operativa

³⁹ <https://www.eiopa.europa.eu/sites/default/files/publications/supervisory-technology-strategy-february-2020.pdf>

⁴⁰ <https://www.eiopa.europa.eu/sites/default/files/publications/consultations/eiopa-discussion-paper-on-blockchain-29-04-2021.pdf>

⁴¹ Puede verse el concepto, los retos en la regulación financiera y los riesgos de ciberseguridad, protección de datos en FERNÁNDEZ TORRES, I. “Regtech ¿respuesta al cumplimiento regulatorio o algo más?, *La digitalización en los mercados financieros*, Cuadernos de Derecho para Ingenieros, n° 49, Wolters Kluwer, 2019, pp. 134 y ss.

⁴² Comunicación de la Comisión al parlamento europeo, al consejo, al comité económico y social europeo y al comité de las regiones sobre una estrategia de finanzas digitales para la UE COM (2020) 591 final. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones — Estrategia de Finanzas Digitales para la UE [COM (2020) 591 final] (2021/C 155/04).

⁴³ Téngase en cuenta la definición contemplada en la citada propuesta [art. 3(1)] — y en el punto 2.4 del Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la resiliencia operativa digital del sector financiero y por el que se modifican los Reglamentos (CE) n° 1060/2009, (UE) n° 648/2012, (UE) n° 600/2014 y (UE) n° 909/2014 [COM(2020) 595 final – 2020/0266 (COD)] y sobre la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifican las Directivas 2006/43/CE, 2009/65/CE, 2009/138/CE, 2011/61/UE, 2013/36/UE, 2014/65/UE, (UE) 2015/2366 y (UE) 2016/2341 [COM(2020) 596 final – 2020/0268 (COD)] (2021/C 155/06). <<La resiliencia operativa digital es la capacidad de las empresas de garantizar que pueden soportar todo tipo de perturbaciones y amenazas relacionadas con las tecnologías de la información y de las comunicaciones (TIC). La dependencia cada vez mayor que presenta el sector financiero respecto de los programas informáticos y los procesos digitales hace que los riesgos relacionados con las TIC sean inherentes a las finanzas. Las empresas financieras se han convertido en blanco de ciberataques, que causan graves daños financieros y de reputación a los consumidores y las empresas. Es preciso comprender y gestionar correctamente estos riesgos, sobre todo en tiempos de tensión>>.

digital; el intercambio de información y conocimiento sobre las ciberamenazas y las vulneraciones cibernéticas, así como la adopción de medidas para asegurar una buena gestión del riesgo de terceros relacionados con las TIC. Por otra parte, resulta prioritario garantizar la seguridad de las redes y de los sistemas de información⁴⁴, principalmente de las redes 5G⁴⁵.

4.2. La intermediación, información y asesoramiento digital de seguros y planes de pensiones

La innovación tecnológica con las plataformas y aplicaciones móviles supondrá una alteración de la intermediación personalizada en seguros con ciertos matices, en tanto que aquellas constituirán las herramientas necesarias y precisas de desarrollo del negocio tanto por los aseguradores y los mediadores en la actividad de distribución de seguros y reaseguros privados.

La DDS (2016) incluye dentro de la actividad de distribución aquellas que proporcionan información de uno o varios contratos de seguro a partir de criterios seleccionados por el cliente a través de un sitio web o en proporcionar una clasificación de productos de seguro o un descuento sobre el precio del contrato de seguro cuando el cliente pueda celebrar directa o indirectamente un contrato de seguro al final del proceso mediante un sitio web u otros medios.

Los mediadores de seguros pueden servirse de tales aplicaciones y de plataformas en línea⁴⁶. Nada impide que en el mercado intermedien operadores de base tecnológica en la comercialización de seguros, siempre que reúnan los requisitos de acceso y de ejercicio de la actividad de distribución de seguros. De ahí que las aseguradoras hayan puesto su objetivo en el lanzamiento de plataformas⁴⁷ y de canales digitales que permitan su conversión en aseguradoras digitales en la nube, como entidades que permitan el contacto, la comunicación y, en definitiva, la colocación y la contratación de productos de seguro.

⁴⁴ Directiva (UE) 2016/1148 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de julio de 2016, relativa a las medidas destinadas a garantizar un elevado nivel común de seguridad de las redes y sistemas de información en la Unión. Real Decreto Ley N° 12/2018, de 8 de septiembre, de seguridad de las redes y sistema de información, por el que se transpone al ordenamiento jurídico español la Directiva (UE) 2016/1148, relativa a las medidas destinadas a garantizar un elevado nivel común de seguridad de las redes y sistema de información en la Unión. Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las medidas destinadas a garantizar un elevado nivel común de ciberseguridad en la Unión y por la que se deroga la Directiva (UE) 2016/1148, COM (2020) 823 final.

⁴⁵ Reglamento (UE) 2019/881, de 17 de abril, relativa a ENISA (Agencia de la Unión Europea para la Ciberseguridad) y la certificación de la ciberseguridad de las tecnologías de la información y la comunicación. También debe mencionarse el anteproyecto de Ley de Ciberseguridad 5G presentado en diciembre 2020.

⁴⁶ Piénsese que estas plataformas pueden revestir la condición de colaboradores externos de los mediadores de seguros.

⁴⁷ En ese contexto se convertirían como proveedor del servicio principal más que un proveedor de SSI y de un intermediario. Puede verse un trabajo reciente, ZURIMENDI ISLA, A. y FERNÁNDEZ GARCÍA DE LA YEDRA. "Naturaleza jurídica de las plataformas digitales", *Revista General de Derecho de los Sectores Regulados*, núm. 6, 2020, pp. 1-51.

Desde esta perspectiva, permitirá colocar al cliente en el centro de su estrategia digital de distribución de seguros, desde el conocimiento del perfil o los perfiles de riesgo como de sus necesidades asegurativas personalizadas incluso ofrecer con ellas seguros a medida o a demanda mediante el uso de dispositivos electrónicos móviles inteligentes.

En el ámbito de las relaciones entre las aseguradoras y los mediadores, resulta de interés la constitución de una plataforma⁴⁸ que ofrece soluciones digitales avanzadas de intercambio de información y de datos en línea entre las compañías aseguradoras, tecnológicas y los corredores en los procesos de comercialización (modelo estándar EIAC⁴⁹) pero a su vez otras no menos importantes como los siniestros, renovaciones de pólizas, gestión para la comunicación entre las partes, firma digital, etc.

El RD-Ley N° 3/2020 que transpone la DDS establece obligaciones de información – generales, adicionales y complementarias– y normas de conductas a los distribuidores de seguros. Las modalidades de transmisión de la información previstas en la norma son: el papel, el soporte duradero o a través de un sitio web con una serie de condiciones. También, LOSSEAR y ROSSEAR explicitan deberes de información general y particular a los aseguradores en protección de los tomadores antes de la contratación.

Tanto el RD-ley como la DDS⁵⁰ son proclives a que la forma y modo de transmisión de la información⁵¹ sea en papel como soporte de primer orden. El soporte duradero o la remisión al sitio web no constituyen una opción⁵² para la clientela. Son opciones excepcionales condicionales de segundo y tercer orden siempre que se cumplan una serie de requisitos sujetos a circunstancias personales –elección, aceptación y notificación electrónica– y que sea adecuado en el contexto de las operaciones de seguro.

Sin embargo, existe un cambio en el régimen de las excepciones hacia la información en soporte electrónico en los productos de inversión basados en seguros (art. 182 RD-Ley N° 3/2020) como en los planes de pensiones con la Directivas (UE) 2016/2341 y 2017/828 que han sido transpuestas por el RD-Ley N° 3/2020 y por el RD 738/2020⁵³. También, puede verse esa transformación en los planes de pensiones paneuropeos

⁴⁸ Plataforma de Conectividad e Innovación Aseguradora (CIMA).

⁴⁹ Estándar de Intercambio de Información entre Entidades Aseguradoras y Corredurías (gestión de ficheros y de recibos) mediante TIREA. Un proyecto del sector seguros, abierto, transversal entre los corredores, las aseguradoras y las entidades tecnológicas

⁵⁰ En la propuesta de Directiva, véase Girgado Perandones, P., “Transparencia y deberes de información en la actividad profesional del mediador de seguros. A propósito de la nueva Directivas de Distribución de Seguros, *La Ley Mercantil*, 21, 2016.

⁵¹ Véase BENITO OSMA, F. *La Transparencia en el Mercado de Seguros*, Comares, 2020, pp. 86-88.

⁵² Sobre la posición conservadora en la redacción y la desacertada formulación, en MADRID PARRA, A. “La urgente y tardía regulación de la distribución de seguros mediante el RD-Ley N° 3/2020, de 4 de febrero”, *Actas del III Congreso Nacional de SEAIDA., El seguro en el nuevo entorno normativo y tecnológico* (Dir. Peñas Moyano, M^a J. y BENITO OSMA, F.), *Revista Española de Seguros*, números 185-186, 2021, pp. 154-155. Esa falta de una regulación uniforme es patente en LOSSEAR, RDL3/2020 y RD 738/2020, que muestran claras contradicciones. Puede verse las modalidades de transmisión de la información en el PLDSRP (art. 56.3), en el que PEÑAS MOYANO, M^a J. “Obligaciones generales de información”, BATALLER, J. y QUINTÁNS, R. *La distribución de seguros*, Marcial Pons, 2019, p. 589, afirma que la información ha de proporcionarse en la modalidad elegida por el cliente.

⁵³ BENITO OSMA, F. *La Transparencia en el Mercado de Seguros*, op. cit., 2020, pp. 92-95 y 111-118.

(PEPP)⁵⁴ donde se especifica la presentación de los documentos informativos en línea o electrónicos⁵⁵ cuyos diseños han de ser atractivos, flexibles, comprensibles y transparentes mediante el uso de medios digitales a través del sitio web, aplicaciones para dispositivos móviles, audio o video.

Fuera del deber de información general, complementario y adicional en soporte digital/electrónico de los aseguradores/mediadores surgen otras cuestiones paralelas relativas a la protección de la clientela:

- i) el asesoramiento automatizado inteligente⁵⁶,
- ii) las quejas y reclamaciones automatizadas dirigidas por los tomadores, asegurados y beneficiarios⁵⁷,
- iii) la administración y gestión de automatizada de los activos de los fondos de pensiones⁵⁸,

⁵⁴ Reglamento (UE) 2019/1238, del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2019 relativo a un producto paneuropeo de pensiones individuales (PEPP)–DO L 198, de 25.07. 2019.

⁵⁵ Reglamento delegado (UE) 2021/473 de la comisión de 18 de diciembre de 2020 por el que se completa el Reglamento (UE) 2019/1238 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a las normas técnicas de regulación que especifican los requisitos relativos a los documentos informativos, los gastos y las comisiones incluidos en la limitación de costes y las técnicas de reducción del riesgo en relación con el producto paneuropeo de pensiones individuales (DO L 99, de 22.03.2021): considerando (4) *Dado que la distribución en línea es una característica importante de los PEPP, reviste especial importancia que los consumidores puedan acceder, comprender y utilizar con facilidad la información presentada en un entorno digital. Por consiguiente, conviene desarrollar en mayor medida el diseño de los documentos informativos para presentar la información de manera eficaz y transparente cuando se facilite utilizando medios digitales como sitios web, aplicaciones para dispositivos móviles, audio o video. Tales diseños deben facilitar el suministro de información por medios digitales de manera atractiva y comprensible. La estratificación de la información debe garantizar la flexibilidad suficiente a la hora de adaptar la presentación a los diferentes tipos de medios digitales y al entorno digital en evolución.* Capítulo I. Documentos informativos en formato electrónico. Art. 1 Presentación de los documentos informativos en un entorno en línea Cuando el contenido del documento de datos fundamentales del producto paneuropeo de pensiones individuales (PEPP) o de la declaración de prestaciones del PEPP se presente en un soporte duradero distinto del papel, la presentación deberá cumplir los siguientes requisitos: a) la información se presentará de forma que se adapte al dispositivo del ahorrador en PEPP utilizado para acceder al documento de datos fundamentales del PEPP o a la declaración de prestaciones del PEPP; b) cuando se modifique el tamaño de los componentes de la presentación, se conservarán la presentación, los encabezamientos y el orden del formato de presentación normalizado, así como la prominencia y el tamaño relativos de los diferentes elementos; c) el tipo de caracteres y su tamaño serán tales que la información sea patente, comprensible y se presente en un formato claramente legible; d) si se utiliza audio o vídeo, se utilizarán una velocidad de expresión y un volumen de sonido que, con un nivel de atención normal, hagan que la información sea patente, comprensible y se presente en un formato claramente audible; e) la información presentada será idéntica a la facilitada en la versión en papel del documento de datos fundamentales del PEPP o de la declaración de prestaciones del PEPP, según corresponda>>>.

⁵⁶ Véase, ZUNZUNEGUI, F. “Asesoramiento financiero automatizado (Robo-Advice), nuevo animal financiero”, *Revista de Derecho del Mercado Financiero*, Working Paper 4/2020. Disponible en línea http://www.rdmf.es/wp-content/uploads/2020/09/Zunzunegui-Asesoramiento-financiero-automatizado_-robo-advice_-un-nuevo-animal-financiero.pdf

⁵⁷ Véase un estudio completo de la resolución alternativa de conflictos de seguro con consumidores en PEÑAS MOYANO, M^a J. “Resolución alternativa de conflictos de seguros con consumidores”, *Revista Española de Seguros*, núm. 174, 2018, pp. 179-213.

⁵⁸ Véase sobre la administración y gestión de fondos de pensiones, BENITO OSMA, F. “El buen gobierno de los fondos de pensiones y la responsabilidad de los administradores”, VEIGA COPO, A. *Dimensiones y desafíos del seguro de responsabilidad civil*, Civitas, 2021, pp. 1153-1194.

- iv) gestión y tramitación de los siniestros, las solicitudes de prestaciones e indemnizaciones,
- v) el cuestionario digital/electrónico y designación electrónica de los beneficiarios.

4.3. Las relaciones y comunicaciones digitales y electrónicas

La modernización del Derecho privado de Seguros principiará con el acceso a la comercialización/contratación junto con las comunicaciones entre las partes sean previas y posteriores en un entorno digital y electrónico. Todo ello, en cumplimiento de las cargas y de las obligaciones establecidas por la Ley dentro de sus relaciones contractuales.

Esta nueva operativa implicará la llegada al mercado de nuevos aseguradores, distribuidores, prestadores de servicios, nuevas técnicas de aseguramiento, nuevas coberturas e incluso de nuevos riesgos propios del entorno, así como de productos y servicios de seguro personalizados y por uso. Se plantea la interacción directa de la aseguradora con la clientela con datos personalizados representados con sus hábitos e intereses mediante dispositivos y sensores inteligentes mientras los datos almacenados se encuentran custodiados mediante tecnología –blockchain y criptografía–.

La identificación, la información y la educación electrónica constituirán los factores esenciales destinados a cumplir los retos y los desafíos que la tecnología aplicada al seguro –insurtech– nos está ofreciendo y poniendo a disposición casi diariamente a los operadores tradicionales y a los potenciales usuarios.

La deshumanización del negocio, de la contratación y de la información que nos tiene preparada la digitalización no debe implicar necesariamente una pérdida del contacto humano. La revolución digital satisfará y mejorará el déficit de información y de conocimiento en sus diferentes momentos, nota común en la actividad aseguradora, como respuesta eficiente a un cliente cada vez más conectado y habituado a lo digital tras los nuevos hábitos que desgraciadamente la pandemia ha traído consigo en el ámbito de la movilidad y del uso de los hogares.

Con esa deshumanización traerá consigo una especie de desnaturalización del riesgo en las operaciones de seguro y reaseguro profundizándose el significado del asegurador primero como gestor e intermediario de riesgos. Y, a su vez, como prestador y garante de un servicio de seguros, en términos de cobertura y de prestaciones/indemnizaciones al que se ha comprometido con sus tomadores-asegurados mediante el cobro de primas pactadas en el contrato. Desde este prisma de información basada en datos de procedencia dinámica por el uso de la tecnología nos dará como resultado a seguros dinámicos y a pólizas de seguro inteligentes en determinados contratos y ramos, especialmente, en los seguros de asistencia –decesos y dependencia– y defensa jurídica –impago de inquilinos–.

La transformación digital ofrece nuevas oportunidades para los proveedores y también para la clientela a fin de que puedan acceder a una información más específica en términos de acceso y de comprensibilidad de los productos y de los servicios de seguro. De este modo, podrán decidir, comparar y aceptar ofertas en línea, impulsándose así

la innovación digital y la confianza de los consumidores de seguros en este medio digital y electrónico. Para ello, habrá de reforzarse los mecanismos de educación con el uso de un lenguaje más acorde con este nuevo soporte y con los nuevos operadores de soluciones tecnológicas.

El cliente podrá interactuar, visualizar y descargar de manera fácil, adecuada y segura sus productos de seguro en cualquier momento y lugar. Igualmente, toda su información y aquella que le ha sido facilitada por el mediador y por el asegurador antes y durante la vida del contrato.

De este modo, el formalismo exigible en la LCS desde la entrega de las pólizas y las comunicaciones posteriores, especialmente, con la renovación y la oposición de la prórroga de la póliza de seguro, podrán cumplirse de una manera más sencilla, rápida y comprensible mediante el soporte digital y la firma electrónica en todas las declaraciones de voluntad incorporadas en las comunicaciones electrónicas⁵⁹ (declaración de salud, contestación al cuestionario predispuesto, declaración de voluntad y comunicación de beneficiarios, declaración del siniestro, etc.) dentro de la tecnología puesta a disposición en la contratación y pago electrónico⁶⁰. Esta oportunidad de colaboración mutua en la industria aseguradora ha sido puesta de manifiesto por los aseguradores/reaseguradores con el coaseguro⁶¹ incluso también con el reaseguro⁶² mediante plataformas basadas en tecnología de blockchain junto con la firma electrónica.

Por otro lado, podrán plantearse soluciones a los interrogantes prácticos que se derivan sobre la entrega de la póliza por el asegurador, las condiciones generales y particulares, y con ello el desconocimiento de las cláusulas delimitadoras, limitativas y sorprendentes por el tomador/asegurado. Para ello, es importante primeramente la identificación y la firma electrónica de los contratantes⁶³ a fin de considerar si han recibido la información precontractual, la perfección del contrato como el cumplimiento de las exigencias específicas para la validez de las cláusulas denominadas limitativas –distintas de las cláusulas sorprendentes que abordaremos posteriormente–.

Desde este planteamiento, las relaciones digitales interactivas podrán dar lugar al conocimiento, la comprensibilidad y la aceptación presunta de las cláusulas limitativas incorporadas en el contrato con condiciones generales como se refería el art. 581-3, apartado 4º del anteproyecto de Ley de Código Mercantil

⁵⁹ Puede verse BENITO OSMA, F. “El riesgo, el interés y la prima de salud en un entorno digital y tecnológico”, GIRGADO PERANDONES, P. *El contrato de seguro y su distribución en la encrucijada*, Aranzadi, 2018, pp. 745 y ss. Recientemente, en *La Transparencia en el Mercado de Seguros*, op. cit., 2020, p. 179.

⁶⁰ Puede verse la contratación electrónica, cumplimiento de obligaciones electrónicas y de transferencia electrónica de fondos en Illescas, R., *Derecho de la contratación electrónica*, Civitas, 2019, pp. 200 y ss.

⁶¹ Plataforma Cygnus, para gestión del coaseguro en la que el riesgo asegurado es compartido en una misma póliza y un sistema de firma no consecucional con varias entidades coaseguradoras. La aseguradora abridora es quien monitoriza en todo momento el proceso de firma. Una vez que es firmado por los coaseguradores, el documento queda dispuesto para la descarga y al acceso del tomador del seguro.

⁶² Blockchain Insurance Industry initiative (B3i) y Eurapco.

⁶³ A este respecto, es importante destacar la sentencia de la Audiencia Provincial de Lleida, 74/2021, de 29 de enero, que rechaza la firma contenida mediante en el sistema docusign, en virtud del art. 326.3 y 4 LEC.

(29.05.2014)⁶⁴, dándose solución a la falta de firma de las cláusulas limitativas tras no ser devueltas al asegurador las pólizas, no cumpliéndose dicho requisito exigible de validez⁶⁵.

5. LA TRANSPARENCIA EN EL MERCADO DIGITAL DE SEGUROS

La transparencia responde a un principio jurídico de orden público económico aplicable a la actividad aseguradora dentro de un nuevo paradigma del mercado sujeto a normas de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y de distribución de seguros por razones de interés público⁶⁶ en garantía de un correcto funcionamiento del mercado⁶⁷.

De esta manera, podemos contemplar el principio de transparencia desde una óptica institucional-funcional⁶⁸ entre los operadores y el regulador/supervisor de seguros y fondos de pensiones dentro de sus facultades competenciales de control de la actividad.

Este principio de transparencia inspira igualmente la contratación predispuesta no negociada entre empresarios y consumidores como entre empresarios, que se inserta en el ámbito subjetivo de aplicación de la Ley N° 7/1998, de Condiciones Generales de la Contratación⁶⁹ (LCGC). Tanto esta Ley como la jurisprudencia que la interpreta

⁶⁴ Art. 581-3. Condiciones del contrato de seguro. 1. La póliza del contrato de seguro deberá contener las condiciones generales, especiales o particulares que sean aplicables al contrato que suscriba el tomador. 2. En todo caso, serán aplicables a las condiciones generales del contrato de seguro las normas contenidas en la legislación sobre condiciones generales de la contratación. 3. Las condiciones generales y particulares deberán cumplir los siguientes requisitos: a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos o cláusulas y pactos no contenidos en la póliza. b) Estar ajustadas a la buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes. 4. Las limitaciones de los derechos del asegurado, tomador o beneficiario figurarán de forma destacada y comprensible y deberán ser aceptadas por el tomador. Las condiciones del contrato, incluidas las limitativas, se entenderán aceptadas si, transcurridos dos meses desde el pago de la prima, el tomador no ha manifestado su voluntad de resolver el contrato. Véase Muñoz Pérez, A., “Las condiciones generales del contrato de seguro en el futuro Código Mercantil”, *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*, Universidad Carlos III de Madrid, 2015, p. 1610 <http://hdl.handle.net/10016/20942>

⁶⁵ . Recientemente, BENITO OSMA, F. *La Transparencia en el Mercado de Seguros*, op. cit., pp. 243 y ss. REQUEJO PASCUA, A. y REQUEJO TORCAL, A. *Ley de Distribución de Seguros y Reaseguros privados. Comentarios y soluciones prácticas para distribuidores tras la transposición de la Directiva IDD*, Aranzadi, 2020, pp. 259 y 435-438.

⁶⁶ Véase BENITO OSMA, F. *La Transparencia en el Mercado de Seguros*, op. cit., pp. 157 y ss.

⁶⁷ Respecto al deber de protección, las facultades de supervisión y la posición de garante frente a los riesgos en los mercados financieros por las autoridades, véase MUÑOZ GARCÍA, A. “Supervisores financieros y deberes de protección de los intereses de los inversores. Riesgos asumidos, consentimiento y conflicto de deberes”, FERNÁNDEZ TORRES, I., ARIAS VARONA, F. J. y MARTÍNEZ ROSADO, J. (Coord.). *Derecho de Sociedades y de los Mercados Financieros. Libro Homenaje a Carmen Alonso Ledesma*, Iustel, 2018, pp. 1199-1222.

⁶⁸ Esta doble perspectiva de la digitalización puede verse en TAPIA HERMIDA, A.J. “Insurtech”, FELICITAS MUÑOZ (Dir.) *Revolución digital derecho mercantil y token economía*, Tecnos, 2019, pp. 56 y 557.

⁶⁹ Predisponente profesional (persona física o jurídica que actúe dentro del marco de la actividad profesional o empresarial, pública y privada; y adherente cualquier persona incluido el profesional, actúe o no dentro del marco de su actividad (art. 2).

marcan una diferenciación separada relativa a los controles de transparencia, en formal y material; también denominados controles de incorporación (arts. 5 y 7 LCGC) y controles de transparencia y de abusividad (art. 8 LCGC).

El primero de ellos va referido a la forma de la redacción como del tipo lenguaje a emplear –clara, sencilla y comprensible–. También con respecto al modo y medio de presentarse la información⁷⁰ –accesible en cualquier formato legible– como del conjunto de circunstancias en torno al propio contrato a fin de que el adherente medio –consumidor⁷¹ o no consumidor⁷²– pueda tomar una decisión libre, informada, formada y adecuada a sus necesidades e intereses. Este primer control de inclusión o de incorporación ha sido reconducido a un control de conocimiento de la información “cognoscibilidad”⁷³ que resultará de aplicación en los contratos predispuestos con condiciones generales de contratación incluso entre empresarios⁷⁴. Mientras que el

⁷⁰ Como señala la STS núm. 346/2020, de 23 de junio: “La información precontractual es la que permite realmente comparar ofertas, o alternativas de financiación, y adoptar la decisión de contratar. No se puede realizar una comparación fundada entre las distintas ofertas o alternativas si al tiempo de realizar la comparación el consumidor no puede tener un conocimiento real de la trascendencia económica y jurídica de alguno de los contratos objeto de comparación porque no ha podido llegar a comprender lo que significa en él una concreta cláusula, que afecta a un elemento esencial del contrato, en relación con las demás, y las repercusiones que tal cláusula puede conllevar en el desarrollo del contrato”.

⁷¹ La noción de consumidor medio se concibe desde la jurisprudencia europea como el consumidor normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz (sentencias de 30 de abril de 2014, *kásler y Dáslerné Rábai*, C-26/13, apartado 74; de 26 de febrero de 2015, *Matei*, C-143/13, apartado 75; de 20 de septiembre de 2017, *Adriuc y otros*, C-186/16, apartados 46 y 47, y de 3 de marzo de 2020, *Gómez del Moral Gusch*, C-125/18, apartado 46). Ahora tenemos legalmente otra categoría, persona consumidora vulnerable (art. 3.2 TRLGDCU, de nueva redacción por el art. 1 del Real Decreto-Ley N° 1/2021, de 19 de enero). Esa nueva noción surge en la Directiva 2005/29, de 11 de mayo, de prácticas comerciales desleales y en las Directivas 2009/72 y 73, sobre normas comunes en el mercado de interior de electricidad y de gas natural.

⁷² STS, sala 1ª, núm. 57/2017, de 30 de enero. Ponente: Pedro Vela: << Ni el legislador comunitario, ni el español, han dado el paso de ofrecer una modalidad especial de protección al adherente no consumidor, más allá de la remisión a la legislación civil y mercantil general sobre respeto a la buena fe y el justo equilibrio en las prestaciones para evitar situaciones de abuso contractual. No corresponde a los tribunales la configuración de un “*tertium genus*” que no ha sido establecido legislativamente, pues no se trata de una laguna legal que haya que suplir mediante la analogía, sino de una opción legislativa que, en materia de condiciones generales de la contratación, diferencia únicamente entre adherentes consumidores y no consumidores. (...) Para que pueda estimarse que concurren tales circunstancias, habrá que tomar en consideración el nivel de información proporcionado, pues una correcta información excluiría el factor sorpresivo, y la diligencia empleada por el prestatario adherente para conocer las consecuencias económicas y jurídicas del préstamo y los posibles efectos futuros de la condición general discutida sobre el coste del crédito. Diligencia exigible al empresario adherente que dependerá, en gran medida, de sus circunstancias subjetivas, como personalidad jurídico-mercantil, volumen de negocio, estructura societaria, experiencia, conocimientos financieros, asesoramiento, etc. Y como quiera que el adherente no es consumidor, operan las reglas generales de la carga de la prueba. Por lo que habrá de ser el prestatario que pretende la nulidad de una condición general desde el punto de vista de la buena fe, alegando la introducción de una estipulación sorprendente que desnaturaliza el contrato y frustra sus legítimas expectativas, quien acredite la inexistencia o insuficiencia de la información y quien, ya desde la demanda, indique cuáles son sus circunstancias personales que pueden haber influido en la negociación y en qué medida la cláusula le fue impuesta abusivamente>>.

⁷³ SSTS, sala 1ª 241/2013, de 9 de mayo, 314/2018, de 28 de mayo y 391/2020, de 1 de julio.

⁷⁴ Exposición de motivos de la LCGC: <<Las condiciones generales de la contratación se pueden dar tanto en las relaciones de profesionales entre sí como de éstos con los consumidores. En uno y otro caso,

segundo concentrado más en el contenido de las cláusulas desde su objeto incluso desde la causa del contrato tiene una aplicación restringida y limitada únicamente entre empresarios predisponentes y consumidores adherentes⁷⁵. Se ha asimilado la falta de transparencia a la abusividad en determinadas cláusulas bancarias por entrañar un elemento engañoso o de ocultación de los riesgos para el consumidor⁷⁶.

Frente a este doble control legal ha llegado otra categoría de control jurisprudencial de seguros que se vincula a la teoría de la sorpresa, de la frustración de expectativas o de la insatisfacción de los legítimos intereses esperados económica y jurídicamente en el contrato predispuerto.

Desde esta nueva perspectiva, no podemos desdoblar la transparencia ni en dos ni en tres subcategorías centrada esta última ahora en cláusulas sorprendentes de condiciones generales y particulares, propiciadas principalmente en los contratos de seguro⁷⁷. Quizás la transparencia también quede vinculada con la sorpresa o como ha sido referida con el dolo incidental⁷⁸, como también respecto a la condición de consumidor y de empresario adherente⁷⁹.

Un contrato será no transparente cuando el predisponente configura un arquetipo contractual capaz de disuadir a los adherentes formal y materialmente tanto de la decisión formada e informada en su incorporación en el contrato como del sustrato o contenido material del mismo, especialmente, de las obligaciones en cuanto al objeto del contrato –la cosa o el servicio debido– como del precio o la causa del contrato para la parte contractual adherida.

La conducta del predisponente puede ir más allá de la prevalencia del mero contenido de las cláusulas contractuales predispuertas. El predisponente-empresario podrá ejercer una posición dominante⁸⁰ en el mercado prevaliéndose de ese arquetipo de

se exige que las condiciones generales formen parte del contrato, sean conocidas o –en ciertos casos de contratación no escrita– exista posibilidad real de ser conocidas, y que se redacten de forma transparente, con claridad, concreción y sencillez. Pero, además, se exige, cuando se contrata con un consumidor, que no sean abusivas>>.

⁷⁵ Véase sobre este aspecto la jurisprudencia que así lo reitera en BENITO OSMA, F., *La Transparencia en el Mercado de Seguros*, *op. cit.*, pág. 262.

⁷⁶ SSTs, sala 1ª, 585/2020, de 6 de noviembre, y 188/2021, de 31 de marzo.

⁷⁷ Sobre los controles de transparencia en la LCS y en la LCGC, véase BENITO OSMA, F., “La Transparencia en el Mercado de Seguros”, *op. cit.*, pp. 119-130 y 251-273.

⁷⁸ MIRANDA SERRANO, L., “EL control de transparencia de condiciones generales y cláusulas predispuertas en la contratación bancaria”, *InDret*, 2/2018, pp. 37-40.

⁷⁹ Véase VALPUESTA, GASTAMINZA, E. “La regulación de los Unfair terms/cláusulas abusivas en el Derecho privado comunitario proyectado”, TOBÍO, A, FERNÁNDEZ-ALBOR, A, TATO PLAZA (Ed.). *Estudios de Derecho Mercantil. Libro homenaje al Prof. Dr. José Antonio Gómez Segade*, Marcial Pons, 2013, pp. 105-109; MARTÍN FERNÁNDEZ, C. y GONZÁLEZ JIMÉNEZ, P. “El inmovilismo caprichoso del legislador”, MIRANDA SERRANO, L Y PAGADOR LÓPEZ, J. (Dir.). *Retos y tendencias del Derecho de la contratación mercantil*, Marcial Pons, 2017, pp. 193-205.

⁸⁰ A esa posición dominante se refiere la exposición de motivos de la LCGC: <<El concepto de cláusula contractual abusiva tiene así su ámbito propio en la relación con los consumidores. Y puede darse tanto en condiciones generales como en cláusulas predispuertas para un contrato particular al que el consumidor se

condiciones contractuales no negociadas contrarias a las exigencias de la buena fe⁸¹ (arts. 7 y 1258 CC y 57 CdC) que predisponen algo más que unas simples cláusulas contractuales no negociadas a los adherentes.

De este modo, los empresarios predisponentes podrán formular reglas de conducta empresariales en el mercado aceptadas comúnmente tanto por los consumidores como por otros empresarios y profesionales. Estas reglas comerciales lineales arbitrarias⁸² de los empresarios predisponentes contravendrían la libre competencia en tanto que constituirían actos desleales⁸³ provocando serios desajustes o desequilibrios abusivos en el mercado en general o en uno en particular. Mientras que las obligaciones o prestaciones principales de los adherentes son destacadas y concluidas las de los predisponentes resultarían en la mayoría de las ocasiones contradictorias, oscuras e inconclusas en claro y continuado perjuicio de sus adherentes⁸⁴.

Estas imprecisiones técnicas predisuestas contravendrían el principio de la buena fe y de la justicia contractual –justo equilibrio de las prestaciones–, con un claro objetivo de fragmentación del mercado y de enriquecimiento injusto mediante una alteración o vulneración de las normas generales de protección del supuestamente débil frente a la contratación predispuesta como de aquellas otras normas generales y especiales garantes en preservar un mercado libre, competitivo y leal.

El efecto inmediato de la tecnología ha sido la rapidez e inmediatez de las transacciones comerciales. Pero también el uso de la tecnología supondrá al mismo tiempo que el Mundo, la Sociedad y el Derecho se estrechen o se simplifiquen aún más como el propio Mercado de Seguros en proceso de concentración. La aceptación expresa de cláusulas incomprensibles y abusivas predisuestas por los operadores con la intermediación de profesionales y de plataformas digitales⁸⁵ pueden restringir

límite a adherirse. Es decir, siempre que no ha existido negociación individual.

Esto no quiere decir que en las condiciones generales entre profesionales no pueda existir abuso de una posición dominante. Pero tal concepto se sujetará a las normas generales de nulidad contractual. Es decir, nada impide que también judicialmente pueda declararse la nulidad de una condición general que sea abusiva cuando sea contraria a la buena fe y cause un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes, incluso aunque se trate de contratos entre profesionales o empresarios. Pero habrá de tener en cuenta en cada caso las características específicas de la contratación entre empresas>>.

⁸¹ Véase MATO PACÍN, N. *Cláusulas abusivas y empresario adherente*, BOE, Colección de Derecho Privado, 2017, pp. 389-443.

⁸² Véanse los límites de arbitrariedad y abusividad –cláusula abusiva y arbitraria– en LLEBARÍA SAMPER, S. “Límites a la arbitrariedad contractual en el Derecho Español”, AÑOVEROS, TERRADAS, B. y LLEBARÍA SAMPER, S. *El contrato: apuntes para una revisión*, Aranzadi, 2016, pp. 242-253.

⁸³ Véase la cláusula general de deslealtad común y la específica cláusula general de deslealtad de los consumidores en EMPARANZA SORREJANO, A. “Competencia desleal y protección de los consumidores”, MIRANDA SERRANO, L. y COSTAS COMESAÑA, J (Dir.). *Derecho de la Competencia. Desafíos y cuestiones de actualidad*. Marcial Pons, 2018, pp. 95-106.

⁸⁴ Véanse, las prácticas de confusión, engaño y agresivas que disponen los arts. 4 y siguientes de la Ley N° 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal.

⁸⁵ Estas plataformas pueden ser intermediarias o proveedores directos, véase, QUIJANO, J. “Economía colaborativa: aspectos contractuales”, *Economía colaborativa*. Cuadernos de Derecho para Ingenieros,

o limitar los derechos y las legítimas expectativas, sean consumidores o empresarios. Las relaciones heterogéneas entre el operador, el intermediario profesional o digital no han de perturbar un sistema general normativo único de transparencia y de obligaciones y contratos en las relaciones contractuales en línea o no, sean sus destinatarios empresarios o consumidores.

Ese requisito formal no puede ser amparado ni promovido por la Ley ni para unos ni para otros. Deben prevalecer las exigencias de la transparencia frente al abuso del Derecho, de la posición dominante y del fraude de Ley⁸⁶.

La transparencia, como principio esencial del mercado y de la contratación con condiciones generales de la contratación, se fundamenta, en el conocimiento, en la información y en la razonable previsibilidad para la parte adherente del contrato, por lo que no puede ni debe reconducirse únicamente a la abusividad, para lo cual, responderá la normativa de defensa de consumidores como norma de protección básica de los consumidores y usuarios.

Algunos grupos de consumidores en determinadas situaciones pueden ser particularmente vulnerables y necesitar salvaguardas específicas. La vulnerabilidad de los consumidores⁸⁷ puede deberse a circunstancias sociales o a características particulares de consumidores individuales o de grupos de consumidores, tales como edad, género, estado de salud, alfabetización digital, capacidad de cálculo o situación económica. Una falta de accesibilidad del medio como del modo en la contratación puede poner a cualquier persona con enfermedades graves o con discapacidad⁸⁸ en situaciones de discriminación, especialmente, en este nuevo entorno digital, cuando no se proveen de los medios de apoyo sustanciales a fin de garantizarse el acceso a la contratación de seguros en las plataformas y sistemas de comunicación electrónicas.

núm. 46, Wolters Kluwer, 2018, pp. 19-20; RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, T. “La contratación en plataformas electrónicas en el marco de la estrategia para un mercado único digital de la Unión Europea”, CASTAÑOS CASTRO, P. y CASTILLO PARRILLA, J. A. *Mercado Único Digital*, Reus, 2019, pp. 93-127; CUENA CASAS, M. “La contratación de a través de plataformas intermediarias en línea” *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 12, nº 2, 2020, pp. 283-348.

⁸⁶ Véase, CARRASCO PERERA, A. *Tratado del abuso de Derecho y del fraude de Ley*, Civitas, 2016.

⁸⁷ Véase la Nueva Agenda del Consumidor en la Unión Europea para reforzar la resiliencia del consumidor para una recuperación sostenible. Comunicación de la Comisión Europea al Parlamento Europeo de 13 de noviembre 2020 (COM 2020 (696 final). También el RD-Ley Nº 1/2021, de 19 de enero, de protección de los consumidores y usuarios frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica.

⁸⁸ Véanse las DA 4ª y 5ª LCS. Véase la Ley Nº 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. En particular las medidas de apoyo previstas en el art. 249 y ss. del CC. Téngase en cuenta la exigencia del nuevo art. 25 de la Ley del Notariado: <<Para garantizar la accesibilidad de las personas con discapacidad que comparezcan ante Notario, estas podrán utilizar los apoyos, instrumentos y ajustes razonables que resulten precisos, incluyendo sistemas aumentativos y alternativos, braille, lectura fácil, pictogramas, dispositivos multimedia de fácil acceso, intérpretes, sistemas de apoyos a la comunicación oral, lengua de signos, lenguaje dactilológico, sistemas de comunicación táctil y otros dispositivos que permitan la comunicación, así como cualquier otro que resulte preciso>>.

6. BIBLIOGRAFÍA

- ALARCÓN FIDALGO, J. “El futuro Libro Blanco de las Insurtech”, *Revista Española de Seguros*, nº 180, 2019.
- ALARCÓN FIDALGO, J. “La aportación del uso masivo de datos (Big Data) y de la cadena de bloques”, *Revista Española de Seguros*, núm. 173, 2018.
- BENITO OSMA, F. *La Transparencia en el Mercado de Seguros*, Comares, 2020.
- BENITO OSMA, F. “El riesgo, el interés y la prima de salud en un entorno digital y tecnológico”, GIRGADO PERANDONES, P. *El contrato de seguro y su distribución en la encrucijada*, Aranzadi, 2018.
- BENITO OSMA, F. “El buen gobierno de los fondos de pensiones y la responsabilidad de los administradores”, VEIGA COPO, A. *Dimensiones y desafíos del seguro de responsabilidad civil*, Civitas, 2021.
- CARRASCO PERERA, A. *Tratado del abuso de Derecho y del fraude de Ley*, Civitas, 2016.
- CUENA CASAS, M. “La contratación de a través de plataformas intermediarias en línea” *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 12, nº 2, 2020.
- FELIU REY, J. “Smart contract: una aproximación jurídica”, MADRID PARRA, A (Dir.). *Derecho Mercantil y Tecnología*, Aranzadi, 2018.
- FERNÁNDEZ TORRES, I. “Regtech ¿respuesta al cumplimiento regulatorio o algo más?, *La digitalización en los mercados financieros*, Cuadernos de Derecho para Ingenieros, nº 49, Wolters Kluwer, 2019.
- GALÁN LÓPEZ, C. “Los Insurtech”, *La digitalización en los mercados financieros*. Cuadernos de Derecho para Ingenieros, Wolters Kluwer, 2019.
- GIRGADO PERANDONES, P. “Transparencia y deberes de información en la actividad profesional del mediador de seguros. A propósito de la nueva Directiva de Distribución de Seguros, *La Ley Mercantil*, 21, 2016.
- ILLESCAS, R. *Derecho de la contratación electrónica*, Civitas, 2019.
- MADRID PARRA, A. “La urgente y tardía regulación de la distribución de seguros mediante el RD-ley 3/2020, de 4 de febrero”, Actas del III Congreso Nacional de SEAIDA., *El seguro en el nuevo entorno normativo y tecnológico* (Dir. Peñas Moyano, Mª J. y Benito Osma, F), *Revista Española de Seguros*, números 185-186, 2021.
- MANDALONIZ, M. *Una sociedad mercantil simplificada y digitalizada. Un ecosistema emprendedor, innovador, inclusivo y sostenible*, Dykinson, 2020.
- MARTÍN FERNÁNDEZ, C. y GONZÁLEZ JIMÉNEZ, P. “El inmovilismo caprichoso del legislador”, MIRANDA SERRANO, L. y PAGADOR LÓPEZ, J (Dir.). *Retos y tendencias del Derecho de la contratación mercantil*, Marcial Pons, 2017.
- MATO PACÍN, N. *Cláusulas abusivas y empresario adherente*, BOE, Colección de Derecho Privado, 2017.
- MIRANDA SERRANO, L. “EL control de transparencia de condiciones generales y cláusulas predispuestas en la contratación bancaria”, *InDret*, 2/2018.

- MUÑOZ GARCÍA, A. “Supervisores financieros y deberes de protección de los intereses de los inversores. Riesgos asumidos, consentimiento y conflicto de deberes”, FERNÁNDEZ TORRES, I, ARIAS VARONA, F. J. y MARTÍNEZ ROSADO, J. (Coord.). *Derecho de Sociedades y de los Mercados Financieros. Libro Homenaje a Carmen Alonso Ledesma*, Iustel, 2018.
- MUÑOZ PAREDES, M^a L. “Big data” y contrato de seguro: los datos generados por los asegurados y su utilización por los aseguradores”, HERGO LORA, A. (Dir.). *La regulación de los algoritmos*, Aranzadi, 2020.
- MUÑOZ PÉREZ, A. “Las condiciones generales del contrato de seguro en el futuro Código Mercantil”, *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*, Universidad Carlos III de Madrid, 2015.
- PEÑAS MOYANO, M^a J. “Obligaciones generales de información” BATALLER, J. y QUINTÁNS, R. *La distribución de seguros*, Marcial Pons, 2019.
- PEÑAS MOYANO, M^a J. “Resolución alternativa de conflictos de seguros con consumidores”, *Revista Española de Seguros*, núm. 174, 2018.
- PORTELLANO DÍEZ, P. “Repercusión de la tecnología *blockchain* sobre el órgano de administración” *Digitalización de Sociedades*. Cuadernos de Derecho para Ingenieros, núm. 54, Wolters Kluwer, 2021.
- QUIJANO, J. “Economía colaborativa: aspectos contractuales”, *Economía colaborativa*. Cuadernos de Derecho para Ingenieros, núm. 46, Wolters Kluwer, 2018.
- RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, T. “La contratación en plataformas electrónicas en el marco de la estrategia para un mercado único digital de la Unión Europea”, CASTAÑOS CASTRO, P y CASTILLO PARRILLA, J. A. *Mercado Único Digital*, Reus, 2019.
- REQUEJO PASCUA, A. y REQUEJO TORCAL, A. *Ley de Distribución de Seguros y Reaseguros privados. Comentarios y soluciones prácticas para distribuidores tras la transposición de la Directiva IDD*, Aranzadi, 2020.
- SANZ BAYÓN, P. “Desafíos jurídicos del mercado ante la revolución digital”, HERNÁNDEZ GONZÁLEZ-BARRERA, P. y MARTÍNEZ MUÑOZ, M (Coord.). *Estudios de Derecho Mercantil y Derecho Tributario*, Aranzadi, 2019.
- TAPIA HERMIDA, A. J. “Insurtech”, Felicitas Muñoz (Dir.) *Revolución digital derecho mercantil y token economía*, Tecnos, 2019.
- VALPUESTA, GASTAMINZA, E. “La regulación de los Unfair terms/cláusulas abusivas en el Derecho privado comunitario proyectado”, TOBÍO, A, FERNÁNDEZ-ALBOR, A, Tato Plaza (Ed.). *Estudios de Derecho Mercantil. Libro homenaje al Prof. Dr. José Antonio Gómez Segade*, Marcial Pons, 2013.
- ZUNZUNEGUI, F. Asesoramiento financiero automatizado (Robo-Advice), nuevo animal financiero, *Revista de Derecho del Mercado Financiero*, Working Paper 4/2020.
- ZUNZUNEGUI, F. “Aproximación al espacio controlado de pruebas (regulatory sandbox)”, *Revista General de los Sectores Regulados*, núm. 6, 2020.
- ZURIMENDI ISLA, A y FERNÁNDEZ GARCÍA DE LA YEDRA. “Naturaleza jurídica de las plataformas digitales”, *Revista General de Derecho de los Sectores Regulados*, núm. 6, 2020.