



Programa de Doctorado en DERECHO (D 431)

**TÍTULO DE LA TESIS: “NORMATIVA SOBRE CONDUCTA,
TRANSPARENCIA CONTRACTUAL Y SUPERVISIÓN EN LA
DEFENSA DE LA POSICIÓN DEL ASEGURADO EN EL CONTRATO
DE SEGURO”**

Tesis Doctoral presentada por
FRANCISCO DE ASÍS TOMÁS SOLA FERNÁNDEZ

Directora:

Dra. Margarita Viñuelas Sanz

2024

ÍNDICE

ABREVIATURAS	15
INTRODUCCIÓN: LA CONCEPCIÓN DEL CONTRATO DE SEGURO EN LA LEY 50/1980	17
CAPÍTULO PRIMERO. LA IRRUPCIÓN DEL DERECHO COMUNITARIO EN EL DERECHO DE COMERCIALIZACION DE LOS SEGUROS	21
1.- Nuevas normas en materia de Derecho de seguros	24
1.1. Estudios previos del Parlamento Europeo sobre la reforma del comercio minorista de productos financieros: <i>Estudio del Parlamento Europeo de junio de 2018: “Comercialización, venta y distribución” [IP/A/ECON/2016-17.pe 618.996 -junio 2018]</i>	25
1.2.- Actuaciones posteriores	30
1.3.- Directiva IDD	30
1.4. Reglamento PRIIPs.	31
2.-Consecuencia: el derecho de conducta en la evolución del Derecho de la contratación de los seguros	33
2.1- La Ley del Contrato de seguro y la tutela del asegurado.....	34
2.2- La introducción de las normas de transparencia y defensa del Cliente	36
2.3- La consideración de la fase precontractual como un conjunto de obligaciones diversas	39
3.- Conclusiones	40

CAPÍTULO SEGUNDO. LA TUTELA DEL ASEGURADO COMO EJE DEL DERECHO DEL CONTRATO DE SEGURO: TÉCNICAS DE DEFENSA DEL ASEGURADO EN LA LEY DE CONTRATO DE SEGURO Y EN LA NORMATIVA DE SUPERVISIÓN 43

1.- Ley del Contrato de seguro	45
1.1.- Solicitud y proposición de seguro.....	49
1.2.- El Anteproyecto de Ley sobre el Código Mercantil (aprobado Por el Consejo de Ministros de 30 de mayo de 2014)	50
2.- Normativa de supervisión prudencial	53
3.- Ley y Reglamento de ordenación, supervisión y solvencia de Entidades aseguradoras	56
3.1.- Seguros distintos del seguro de vida.....	56
3.2.- Seguros de vida. Información general a suministrar	57
3.3.- Seguros de vida en los que el tomador asume el riesgo de la inversión	58
3.3.1.- Seguros de vida en los que el tomador no asume el riesgo de inversión: la rentabilidad esperada.....	59
3.3.2.- Seguros de vida con participación en beneficios	60
3.4.- Proposición de seguro e información precontractual a suministrar en los seguros de vida	61
4.- La tutela del tomador en los Principios para una Ley Europea de Contrato de Seguro	62
5.- Conclusiones	63

CAPÍTULO TERCERO. LA DEFENSA DEL CLIENTE DE ENTIDADES DE CRÉDITO Y EL CONCEPTO DE TRANSPARENCIA EN EL CONTROL DE LAS CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN BANCARIA ... 67

1.- Planteamiento	67
2.- Nacimiento y evolución de la normativa de protección de la clientela bancaria	69
3.- Evolución normativa	71
3.1.- Primer bloque normativo	71

3.2.- La aplicación de la normativa “específica”: la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de julio de 2023 (asunto C265/22)	78
3.3.- Las leyes especiales reguladoras de algunos contratos bancarios...	82
3.4.- Mecanismos de protección del consumidor bancario.....	85
4.- Régimen actual de la transparencia bancaria	86
4.1.- Contenido original del artículo 5 de la Ley 10/2014.....	87
4.2.- Reformas introducidas por la Disposición Final Tercera de la Ley 18/2022, de 28 de septiembre, de creación y crecimiento de empresas	89
4.3.- El entramado normativo “POG”	90
4.4.- La Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario	91
5.-La introducción de la nulidad por falta de transparencia en la normativa sobre consumo y sobre condiciones generales de los contratos ...	96
6.- Conclusiones	96

CAPÍTULO CUARTO. LA EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA EN DEFENSA DEL CONSUMIDOR DE PRODUCTOS BANCARIOS Y POSICIONES DOCTRINALES 99

1.-Jurisprudencia comunitaria: protección del consumidor y eficacia del Derecho comunitario	102
2.- Jurisprudencia sobre cláusulas abusivas por ruptura del equilibrio contractual	104
3.- Efectos del suministro de una información no suministrada, errónea o insuficiente	104
4.- La existencia de error inexcusable en la prestación del consentimiento: aproximación jurisprudencial	106
5.- Jurisprudencia nacional y comunitaria sobre la falta de transparencia como causa de la nulidad del contrato	110
5.1.- Planteamiento previo: la abusividad sobre los elementos esenciales del contrato	110
5.2.- Doctrina jurisprudencial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el principio de transparencia	111

5.2.1. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea de 9 de julio de 2020: transparencia material	112
5.3.- Interpretación de los términos “claridad y comprensibilidad” a juicio de la Comisión Europea	115
5.4.- Recepción en la jurisprudencia y doctrina españolas del enfoque del TJUE sobre el principio (control) de transparencia.....	118
5.5.- Líneas básicas de los principios metodológicos del profesor Orduña	121
5.6.- Enfoque de la transparencia en la doctrina del Tribunal Supremo fijada en la STS de 9 de mayo de 2013 (“Cláusulas suelo”)	123
5.7.- Evolución jurisprudencial posterior	124
5.8.- El enjuiciamiento abstracto a efectos del control de transparencia: Auto de 29 de junio de 2022 por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo (procedimiento 2251/2019)	126
5.9.- Comentario: la dificultad del control abstracto de transparencia sobre el control “clásico” de abusividad	133
5.10.- Corolario sobre la evolución jurisprudencial en el tratamiento del contrato bancario. Consecuencias para el Contrato de seguro	135
6.- Conclusiones	136
CAPÍTULO CUARTO BIS. ECONOMÍA DE LA CONDUCTA (BEHAVIOURAL ECONOMICS) EN EL CONTEXTO DE LA INFORMACIÓN PRECONTRACTUAL.....	139
1.- <i>Behavioural Economics</i> e información precontractual	139
2.- Conclusiones	143
CAPÍTULO QUINTO. EL PERÍODO PRECONTRACTUAL EN LA DIRECTIVA DE DISTRIBUCIÓN DE SEGUROS (DIRECTIVA (UE) 2016/97 DE ENERO DE 2016)	145
1.- Introducción al tema. La función de los documentos informativos en la protección efectiva del consumidor	145
2.- Importancia de la Directivas MIFID	147
3.- Sistemática de la IDD sobre la fase precontractual	150
4.- La información precontractual en la directiva de distribución de Seguros	150

4.1.- Ámbito de aplicación	151
4.2.- Obligaciones específicas para los Productos de Inversión Basados en Seguros –IBIPs, en lo sucesivo	151
4.3.- Obligaciones de carácter general.....	152
4.4.- El documento normalizado de información en los seguros Distintos del seguro de vida (IPID)	153
4.4.1.- La normalización del formato	153
4.4.2.- Puntos esenciales de la regulación del IPID	154
4.4.2.1. Estructura del IPID	154
4.4.2.2. Configuración formal	154
4.4.2.3. El carácter incompleto del IPID.....	155
4.4.2.4. Contenido del IPID.....	156
4.4.3.- Normativa de desarrollo	158
4.4.3.1. Principales puntos de debate para la consulta...159	
4.4.3.2. Contenido del borrador de norma técnica	160
4.4.3.3. Estudio de impacto	161
4.4.4.- Documentos de información precontractuales en el Derecho italiano	161
4.4.4.1. Documento informativo precontractual para productos de seguro de Vida (“Documento informativo precontrattuale per i prodotti assicurativi vita)	162
4.4.4.2. Documento Anexo para productos multirriesgo (que incluye Vida, entre otras coberturas)	163
4.4.4.3. Documento Anexo para productos que entran en el ámbito de aplicación del “Reglamento PRIIPS”...163	
4.4.4.4. Documento Anexo para los productos cubiertos por IPID (“Danni”)	163
4.5.- Otros documentos de información precontractual en la normativa comunitaria	164
4.5.1.- La Ficha Europea de Información Normalizada (FEIN) en los contratos de préstamo hipotecario	164
4.5.2.- El documento informativo de las comisiones de la Directiva 2014/92/UE sobre cuentas de pago.....	165
4.5.3.- El documento de datos fundamentales para el inversor en las Directivas sobre fondos de inversión (organismos de Inversión colectiva en valores mobiliarios- “UCITS” por sus siglas en inglés)	166

4.5.4.- Seguros sin documento informativo normalizado...	171
5.- La actuación del distribuidor en la directiva de distribución de seguros (Directiva 2016/97/UE)	172
5.1.- Evitación de los conflictos de interés y actuación con o sin asesoramiento	173
5.2.- Legislación delegada	175
5.3.- Obtención de información previa sobre el cliente.....	176
5.3.1. Conocimiento del cliente y solicitud de seguro.....	177
6.- La Directiva de distribución de seguros (IDD) y la organización de los intermediarios	178
6.1.- Fuentes normativas	178
6.2.- Legislación delegada	179
6.3.- Gobierno y supervisión de productos (“POG”, por sus siglas en inglés)	180
6.4.- Régimen legal del sistema POG	182
6.4.1.- Fuentes previas a la Directiva IDD: el papel precursor de la Directiva MIFID.....	182
6.4.2.-Directrices preparatorias de EIOPA	184
6.4.3.- Control y gobernanza de productos en la Directiva de Distribución de Seguros.....	184
6.4.4.- Conceptos y principios básicos que establece la Directiva	185
6.4.5.- Especificación de los principios.....	187
6.5.- Gestión de los conflictos de interés.....	192
6.5.1.- Obligación e informar sobre los posibles conflictos de interés	192
6.5.2.- Gestión de los conflictos de intereses en el proceso de distribución de los productos de inversión basados en seguros (“IBIPs”)	193
7.- Conclusiones	195

CAPÍTULO SEXTO. PROCESO PRECONTRACTUAL EN LOS PRODUCTOS DE SEGUROS CON UN COMPONENTE DE INVERSIÓN 197

1.-Enfoque adoptado	197
2.- Génesis del proyecto PRIIPs.....	198

2.1.- Explicación de sus rasgos peculiares.....	198
2.2.- Desarrollo del proyecto	199
2.2.1.- Antecedentes	199
2.2.2.- Comunicación de la Comisión Europea (30 de abril de 2009)	203
2.2.3.- Desarrollo posterior del proyecto: hacia una propuesta normativa.....	206
2.2.4.- Informe de Europe Economics de 29 de septiembre de 2010	208
2.2.5.- Propuesta de Reglamento por la Comisión.....	208
2.2.5.1.-Factores que identifican el problema.....	209
2.2.5.2.- Ámbito de aplicación de la iniciativa	210
2.2.5.3.-Nivel de normalización de la información ofrecida	210
2.2.5.4.- Responsable de la elaboración del documento informativo	210
2.2.5.5.- Oportunidad del suministro de información...	211
2.2.5.6.- Responsabilidad civil y sanciones.....	211
3.- Reglamento 1286/2014, de 26 de noviembre de 2014 sobre los documentos de datos fundamentales relativos a los productos de Inversión minorista vinculados y los productos de inversión basados en seguros en lo sucesivo “el Reglamento” o “el Reglamento PRIIPs”	211
3.1.- Estructura de la exposición.....	211
3.2.- Legislación delegada del Reglamento PRIIPs	212
3.2.1.- Actos delegados de la Comisión.....	212
3.2.1.1.- Intervención sobre productos.....	212
3.2.1.2.- Productos empaquetados o basados en seguros con finalidad medioambiental o social.....	213
3.3.- Contenido, propósito y justificación el Reglamento	214
3.4.- Ámbito subjetivo: el cliente minorista	214
3.5.- Descripción del producto “empaquetado”	215
3.6.- Información a suministrar al inversor minorista en caso de un producto incluido en la categoría de PRIIP	216
3.7.- Independencia del KID de la información contractual y comercial.....	216
3.8.- Forma y contenido: las pruebas sobre consumidores.....	216
3.9.- Forma y contenido: principios y epígrafes obligatorios.....	217

3.10.- Elementos que integran el contenido del documento de datos fundamentales	218
3.10.1.- Fuentes y estructura de la exposición.....	218
3.10.2.- Documento principal.....	220
3.10.3.- Elementos integrantes de la sección por imperativo del Reglamento	221
3.10.3.1.- Indicador resumido de riesgo (SRI)	221
3.10.3.2.- Escenarios de rentabilidad	226
3.10.3.3.- Indicador resumido de costes	227
3.10.3.4.- Información sobre el coste de Cobertura del riesgo biométrico en los productos de inversión basados en seguros.....	228
3.10.4.- Existencia de sistemas o regímenes de garantía.....	229
3.10.5.- Otras secciones del KID.....	230
3.11.- El KID en el marco de la negociación precontractual.....	230
3.12.- Responsabilidad por un KID defectuoso	232
3.13.- Posibilidad de autorización previa del KID	233
 4.- Régimen especial de la Directiva de distribución de seguros para la comercialización de productos de inversión basados en seguros (“IBIPs”)	233
4.1.- Actuación del intermediario en caso de comercialización de IBIPs	233
4.2.- Legislación de desarrollo	235
4.3.- Información a suministrar a los clientes.....	236
4.4.- Poderes de los Estados Miembros en el proceso de transposición	237
4.5.- Legislación comunitaria de desarrollo.....	238
4.6.- Evaluación de la idoneidad y adecuación del producto para el Cliente.....	238
4.6.1.-Elementos que integran el régimen de la valoración de la idoneidad y conveniencia	239
4.6.1.1.- La existencia o no de asesoramiento.....	239
4.6.1.2.- Obligaciones de registro y documentación...	241
5.- Otras normas que regulan la información sobre productos de seguros con un componente de inversión	245
5.1- Orden ECC/2316 /2015, de 4 de noviembre, de las obligaciones de información y clasificación de productos financieros.....	245

5.2.- Orden ECC/2329/2014, de 12 de diciembre, por la que se regula el cálculo de la rentabilidad esperada de las operaciones de seguro de vida.....	250
6.- Las obligaciones de transparencia en el producto paneuropeo de pensiones individuales (PEPP)	250
6.1.- Naturaleza del producto	251
6.2.- Configuración de los deberes de información precontractual.....	252
6.3.- Marco normativo	253
6.4.- Principios inspiradores del marco normativo.....	254
6.5.- Elementos básicos de los deberes de información precontractual en el PEPP	256
6.5.1.- Materialización de las obligaciones de información precontractual: el Documento de Datos Fundamentales...	257
6.6.- Desarrollo normativo.....	260
7.- Conclusiones.....	260

CAPÍTULO SÉPTIMO. LA DISTRIBUCIÓN DE PRODUCTOS DE SEGUROS EN CASO DE VENTAS CRUZADAS..... 263

1.- Directiva de hipotecas.....	264
2.- Directiva MIFID 2	265
3.- Directrices sobre venta cruzada	265
4.- Directiva de Distribución de seguros	265
5.- Elementos contenidos en las Directrices de ESMA.....	266
6.- Conclusiones.....	267

CAPÍTULO OCTAVO. REFLEXIÓN SOBRE LA NOCIÓN DE CLIENTE EN EL SISTEMA DE REGULACIÓN DE LA TRANSPARENCIA Y DE LAS CONDUCTAS DE MERCADO 269

1.- El “inversor minorista” en el Reglamento PRIIPs.....	270
1.1.- El inversor minorista a efectos de los productos de inversión basados en seguros.....	271
2.- El cliente en la Directiva de Distribución de Seguros	272
3.- Consumidor y tomador en el seguro de grandes riesgos	274

4.- Conclusiones	276
CAPÍTULO NOVENO. LA RECEPCIÓN DEL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA EN LOS “UNIT LINKED”	277
1.- Introducción.....	277
1.1.- Positivación del principio de transparencia.....	277
2.- Aplicación del principio de transparencia a los <i>unit linked</i>	278
3.- Los productos de inversión basados en seguros en la normativa española: de los seguros a capital variable a los seguros en los que el tomador asume el riesgo de inversión.....	280
3.1.- El unit linked en su confusa naturaleza	283
4.- Aproximación a la doctrina del Tribunal Superior de Justicia sobre la transparencia en los <i>unit linked</i>	284
4.1- Sentencia del TJUE de 24 de febrero de 2022 [asuntos acumulados C-143/20 y C-213/20]	284
4.1.1.- Elementos fácticos de los casos resueltos.....	284
4.1.2.- Elementos jurídicos del debate.....	285
4.1.3.- Marco legal comunitario examinado	286
4.1.4.- Examen de cuestiones prejudiciales y su resolución...	287
4.1.5.- Cuestiones prejudiciales primera y segunda en el asunto C.143/20 y segunda y tercera en el asunto C-213/20	289
4.1.6.- Cuestión prejudicial cuarta del asunto C-213/20.....	291
4.1.7.- Cuestión prejudicial quinta en el asunto C-213/20 ...	292
4.1.8.- Cuestiones prejudiciales cuarta a sexta en el asunto C-143/20	293
4.1.9.- Conclusiones principales derivadas de la sentencia	295
4.2.- Sentencia del TJUE de 29 de abril de 2015 (asunto C-51/13) ...	296
4.3.- Sentencias del Tribunal Supremo.....	297
5.- Conclusiones	298

CAPÍTULO DÉCIMO. TRANSPARENCIA INFORMATIVA EN LA APLICACIÓN DE LAS DIRECTIVAS DE SEGUROS 301

1.- La transparencia en la distribución de seguros privados a través del Real Decreto- Ley 3/2020, de 4 de febrero.....	301
2.- Interpretación del derecho de renuncia en los seguros de vida por el TJUE: un enfoque sobre las consecuencias de defectos en los deberes de transparencia	302
3.- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de diciembre de 2019	302
3.1.- Resumen de los hechos	305
3.2.- Primera cuestión: fecha en la que comienza el plazo para ejercer el derecho de renuncia en caso de información errónea o deficiente... ..	305
3.3.- Segunda cuestión: validez de una norma nacional en la que el plazo para renunciar comienza a partir del conocimiento de dicho derecho	306
3.4.- Tercera cuestión: subsistencia del derecho de renuncia, en caso de información deficiente una vez que el contrato ha finalizado	306
3.5.- Cuarta cuestión: validez de una normativa nacional que limite las consecuencias del ejercicio del derecho de renuncia	307
3.6.- Quinta cuestión: validez de una normativa nacional que fije un plazo de prescripción para el ejercicio de las acciones en caso de información errónea o deficiente de este derecho	307
3.7.- Argumentación básica de la sentencia	307
4.- Excursus: regulación del derecho de renuncia en el derecho español	308
4.1.- Génesis de la regulación del derecho de renuncia en el Derecho español	309
5.-Conclusiones	314

CAPÍTULO DECIMOPRIMERO. TRANSPARENCIA Y CONDICIONES GENERALES DEL CONTRATO DE SEGURO 317

1.- El artículo 3 de la Ley de Contrato de seguro.....	318
2.- La determinación de lo que es el objeto del contrato en el contrato de seguro	322
3.- Distintos tipos de cláusulas en la Ley de Contrato de Seguro.....	324

4.- El Anteproyecto de Código Mercantil	325
5.- Evolución jurisprudencial y doctrinal sobre los tipos de cláusulas en el contrato de seguro	327
6.- La delimitación de los tipos de cláusulas en el contrato de seguro ...	328
6.1.- Evolución jurisprudencial	328
6.2.- La intervención de la Administración en la vigilancia de las condiciones generales	331
6.3.- La recepción por la jurisprudencia y la doctrina del control de transparencia en las condiciones generales del contrato de seguro..	333
7.- Conclusiones.....	336

CAPÍTULO DECIMOSEGUNDO. REFORMAS PROPUESTAS EN EL MARCO DE LA ESTRATEGIA EUROPEA SOBRE EL INVERSOR MINORISTA (RIS)

MINORISTA (RIS)	339
1.- Introducción	339
2.- Antecedente próximo: la modificación de la Directiva de venta a distancia de servicios financieros	341
3.- Propuestas normativas derivadas del RIS	342
4.- Contenido de la Propuesta de Directiva “Ómnibus”	342
4.1.- Reformas de la Directiva 2009/138/CE (“Solvencia II”) ...	343
4.2.- Modificaciones propuestas de la Directiva 82016/97/UE, sobre la distribución de seguros	343
4.3.- Propuestas sobre los productos de inversión basados en seguros	344
4.3.1.- Información a los inversores minoristas.....	344
4.3.2.- Proceso de asesoramiento: conflictos de interés, Incentivos y reforzamiento de la defensa del mejor interés del inversor	345
4.3.3.- Reforzamiento de las normas de gobierno de productos en materia de costes, introduciendo el análisis de la rentabilidad a obtener por el cliente (“Value for money”) ...	346
4.3.4.- Garantizar una evaluación de la idoneidad y de la conveniencia (nueva redacción del artículo 30 DDS) ...	346
4.3.5.- Regulación de las prácticas de comercialización y de Las comunicaciones publicitarias	347
4.4.- Propuestas que afectan a todos los productos de seguros.....	348

4.5.- Contenido del Documento de Información normalizada para seguros de Vida (“IPID Vida”)	349
4.6.- Exclusión de la obligación de proveer información a los clientes profesionales	350
4.7.- Utilización del soporte digital en la provisión de información...	350
4.8.- Contenido de la Propuesta de Reglamento modificando el Reglamento 1286/2014 (“Reglamento PRIIPS”) para modernizar el Documento de Datos Fundamentales (DDF)	351
4.8.1.- Reformulación de la forma de presentar la Información	351
4.8.2.- Estructura del Documento de datos Fundamentales (artículo 8 del Reglamento)	351
4.8.3.- Presentación de la información suministrada bajo formato electrónico	352
5.- Conclusiones sobre las reformas insertas en la estrategia europea sobre el inversor minorista	352
CAPÍTULO DECIMOTERCERO. ACTUACIONES DEL SUPERVISOR EUROPEO DE SEGUROS EN MATERIA DE TRANSPARENCIA Y DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES	355
1.- Funciones relacionadas con la protección de los consumidores	358
2.- Actuaciones de EIOPA en ejecución de sus funciones sobre los productos de seguros	358
2.1.- Declaración sobre las medidas a adoptar por los distribuidores ante la situación derivada del COVID-19	359
2.2.- La supervisión frente a las exclusiones. Decisión sobre las exclusiones contenidas en los productos de seguros relativas a los riesgos derivados de los acontecimientos de carácter sistémico...	360
2.3.- El uso de los sesgos de conducta del cliente en el diseño de las normas de defensa del consumidor y su aplicación al suministro de información	361
2.4.- Conclusión	362
5.- Conclusiones	363

CAPÍTULO DECIMOCUARTO. POTESTADES DEL SUPERVISOR SOBRE LOS CONTRATOS DE SEGUROS CON UN COMPONENTE DE INVERSIÓN	365
1.- Normativa de desarrollo.....	367
2.- Objeto de la intervención o prohibición	367
3.- Contenido de la potestad de intervención o prohibición	369
3.1.- Condiciones para la intervención.....	370
3.2.- Procedimiento	371
4.- Medidas de intervención en los contratos de seguro por la Administración Pública en la normativa española	371
5.- Contenido del deber de vigilancia por la Administración	372
6.- El control de la Administración sobre condiciones generales del contrato de seguro en la normativa sobre distribución de seguros	376
7.- El incumplimiento de los deberes derivados del Gobierno y supervisión del producto (“POG”) y el contenido de las condiciones generales.....	377
8.- Conclusiones	378
CONCLUSIONES FINALES	381
BIBLIOGRAFÍA	391
REPERTORIO JURISPRUDENCIAL	397

ABREVIATURAS

CNMV	Comisión Nacional del Mercado de Valores
DDF	Documento de Datos Fundamentales
DDS	Directiva sobre Distribución de Seguros
EBA	European Banking Authority (Autoridad Bancaria Europea)
EIOPA	European Insurance and Occupational Pensions Authority (Autoridad Europea de Seguros y Pensiones de Jubilación)
ESMA	European Securities and Markets Authority (Autoridad Europea de Valores y Mercados)
ESRB	European Systemic Risk Board
FOGAIN	Fondo de Garantía de Inversiones
IBIPs	Insurance Based Investment Products (Productos de Inversión Basados en Seguros)
IDD	Insurance Distribution Directive (Directiva sobre Distribución de Seguros)
IMD	Insurance Mediation Directive
IPID	Insurance Product Information Document (Documento de Información Previa sobre seguros)
KID	Key Investment Document (documento de datos fundamentales)

KII	Key Investor Information
LCGC	Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación
LCS	Ley de Contrato de Seguro
LGDCU	Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios
MIFID	Markets in Financial Instruments Directive (Directiva sobre Mercados de Instrumentos Financieros)
PEPP	Pan-European Personal Pension Product (Producto europeo de pensiones individuales)
POG	Product Oversight and Governance (Gobierno y vigilancia sobre productos)
PPAs	Planes de Previsión Asegurados
PRIIPs	Packaged Retail and Insurance-based Investment Products (Productos de inversión minorista empaquetados)
RIS	Retail Investment Strategy (Estrategia europea sobre el inversor minorista)
RIY	Return In Yield (rendimiento a término)
SRI	Summary Risk Indicator (Indicador resumido de riesgo)
TJUE	Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea
TS	Tribunal Supremo
UCITS	Undertaking for Collective Investment in Transferable Securities (Organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios)

INTRODUCCIÓN: LA CONCEPCIÓN DEL CONTRATO DE SEGURO EN LA LEY 50/1980¹

El hilo conductor de este trabajo va a ser cómo los mecanismos de defensa del asegurado, o del consumidor en general, constituyen el núcleo del Derecho que tiene como objeto los contratos de carácter financiero y de seguros. La evolución de dichos mecanismos muestra cómo la normativa y jurisprudencia europeas y el propio desarrollo del mercado, en cuanto a la creación de nuevos productos, van a ir modificando las reglas y principios aplicables y van a poner en cuestión los enfoques que el legislador ha adoptado en el transcurso de los años. En el caso del contrato de seguro, su innovadora y completa ley especial (Ley 50/1980) supone un punto de partida para nuestro estudio por recoger una serie de enfoques en su formulación que aconsejan enfrentar a los nuevas normas y principios. La influencia que estos pueden implicar en cuanto a la oportunidad de proponer modificaciones o actualizaciones en lo existente será uno de los ejes sobre los que girará este trabajo.

La ley de Contrato de Seguro define el contrato en el artículo 1 centrándose exclusivamente en el aspecto jurídico de este, describiendo las obligaciones que las dos partes en el mismo asumen (asegurado y asegurador) y en los presupuestos técnicos del

¹ Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro. BOE núm. 250, de 17/10/1980.

mismo (riesgo, siniestro, prestaciones posibles y límites contractuales)². No se hace mención, pues, a la necesidad de que el asegurador sea un empresario sometido a un estatuto jurídico específico, como requisito para la validez o existencia del contrato³. Con ello el marco legal del contrato tal como lo concibe la Ley se desarrolla en un ámbito exclusivamente de Derecho Privado, con lo que los contratos en los que el asegurador no estuviera amparado en una específica licencia administrativa serían válidos, siendo la normativa prudencial o de supervisión la que debería afrontar las consecuencias de este tipo de contratos⁴. Con ello la Ley de Contrato de Seguro se erige como una norma para la cual el hecho de que el contrato de seguro se pueda calificar como “acto de empresa”⁵, carece de significación o mención en su contenido normativo, al prescindir tanto de la figura del empresario como parte esencial del contrato como del régimen legal que le es aplicable como integrante de un sector regulado⁶.

² *Vid.* Artículo 1 Ley del Contrato de Seguro: “El contrato de seguro es aquel por el que el asegurador se obliga, mediante el cobro de una prima y para el caso de que se produzca el evento cuyo riesgo es objeto de cobertura a indemnizar, dentro de los límites pactados, el daño producido al asegurado o a satisfacer un capital, una renta u otras prestaciones convenidas”.

³ Por el contrario, la Lei do Contrato de Seguro portuguesa de 16 de abril de 2008 establece en su artículo 16 (“Autorizaçao legal do asegurador”): “1.- O asegurador debe estar legalmente autorizado a exercer a actividade aseguradora em Portugal, no âmbito do ramo en que actúa, nos termos do regime jurídico de acesso e exercício da actividade seguradora...”. DL n.º 72/2008, de 16 de Abril.

⁴ Así, F. SÁNCHEZ CALERO explica cómo el legislador español optó por esta posición, frente a otras posiciones doctrinales y otras legislaciones, con la finalidad de dejar claro que la presencia del empresario de seguros sería un requisito económico, pero no jurídico que afectara a su validez. “La LCS se limitó a aludir al «asegurador», omitiendo de forma consciente aquella referencia *[a la necesaria presencia de la empresa aseguradora]* de manera tal que nos ofreció un concepto de contrato al que es ajeno la participación de una empresa aseguradora o, en general, que dicho contrato se conjunte con otros en el ejercicio de una actividad de seguros...”. *Vid.* SÁNCHEZ CALERO, F., “Título I., Disposiciones generales. Preliminar”, en SÁNCHEZ CALERO, F. (dir.), *Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*, Aranzadi, Cizur Menor, 2005, pp. 29 y ss.

⁵ El profesor R. URÍA afirma que “...el contrato mercantil es un acto de empresa: es un acto jurídico que se realiza por el empresario con el designio de servir o realizar la finalidad peculiar de la empresa que ejercita”. En el mismo sentido, viene a aclarar que el contrato mercantil como acto de empresa se cualifica por el hecho de su “...pertenencia a la serie orgánica de la actividad económica constitutiva de empresa...”. *Vid.* URÍA, R., *Derecho mercantil*, 17 edición, Marcial Pons, Madrid, 1990, pp. 530-531.

⁶ El artículo 4 de la Ley portuguesa de contrato de seguro menciona la incidencia que las normas de supervisión pueden tener en el régimen aplicable al contrato de seguro (“*Direito subsidiario: Ás questões sobre contratos de seguro nao reguladas no presente regime nem em diplomas especiais aplican-se, subsidiariamente, as correspondentes disposições da lei comercial da lei civil, sem prejuízo do disposto no regime jurídico de acesso e exercício da actividades aseguradora*”. *Vid.* ROMANO, P. et al., *Lei do Contrato de Seguro*, Edições Almedina, S.A. Coimbra, 2009, pp. 41- 42

La LCS se manifiesta, así, como “autosuficiente” en cuanto a la regulación de dicho negocio jurídico, tanto en su formación como en su desarrollo, sin que la presencia de un empresario de seguros sea esencial para su existencia. La regulación precoz que hace del régimen de las condiciones generales en su artículo 3 permitió este carácter autónomo, al regular la forma en la que el contrato configura los derechos y obligaciones de las partes. Sin embargo, a partir de 1980 muchos cambios, principalmente procedentes de la normativa comunitaria, afectan de diversos modos al régimen de la LCS, en cuanto dichas normas, que tendrían naturaleza prudencial, determinan algunos aspectos que inciden en la formación del contrato (información a suministrar al tomador, principalmente). Posteriormente, será la aplicación del régimen de protección del consumidor la que influirá también en la manera de interpretar y aplicar el régimen de las condiciones generales. El último escalón lo protagonizarán la normativa de conducta, definidora de todo un actuar diligente del distribuidor de seguros, cuya influencia en el contrato no puede en ningún sentido obviarse. Como consecuencia de todas estas novedades normativas, el estatuto del empresario asegurador en su tarea de distribuidos de seguros se verá afectado directamente, a través de la asunción de un conjunto de obligaciones de conducta en la formación del contrato.

CAPÍTULO PRIMERO. LA IRRUPCIÓN DEL DERECHO COMUNITARIO EN EL DERECHO DE COMERCIALIZACION DE LOS SEGUROS

El artículo 4 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea establece en su artículo 4 (“*Primera Parte: Principios. Título I: Categorías y ámbitos y competencias de la Unión Europea*”) entre las competencias compartidas con los Estados Miembros tanto las relativas al mercado interior [4.2 a)] y la protección de los consumidores [4.2 f]). La conjunción de estas dos competencias compartidas está en la base de las normas que a lo largo del desarrollo de la Unión irán sentando las bases y las normas que regirán una de las partes que configuran el mercado interior, como es el mercado de servicios financieros. De forma muy resumida, y con la intención de mostrar los hitos fundamentales que han cimentado un Derecho comunitario de seguros y, en general, del Derecho del Mercado Financiero de la Unión Europea⁷, deben destacarse los siguientes:

- Las Directivas sobre seguro de Vida y No Vida que incluyen normas sobre la información a facilitar a los tomadores de un contrato de seguro (Directiva

⁷ Vid. ZUNZUNEGUI, F., *Derecho del Mercado Financiero*, Marcial Pons, Madrid, 2005, pp.68-84

92/49/CEE⁸ y Directiva 2002/83/CEE⁹, refundidas en la Directiva 2009/138/CE (“Solvencia II”)¹⁰;

- El Plan de Acción de Servicios Financieros (Comunicación de la Comisión: aplicación del Marco para los Mercados Financieros: Plan de Acción, de 11 de mayo de 1999 -COM(1999) 232 final-). Este Plan intenta crear un auténtico mercado comunitario de servicios financieros, tanto en su vertiente mayorista como minorista. Con relación a este último, se considera que tanto los depositantes como los tomadores de seguros y los acreedores de las instituciones financieras están bien protegidos frente al riesgo de impago. Sin embargo, se entiende que la prestación internacional de servicios financieros presenta obstáculos que exigen ocuparse de las condiciones de venta de los servicios financieros, incluyendo entre ellas las normas de comercialización y las relativas a las prácticas comerciales desleales. Fruto de este Plan surgirán un gran número de Directivas, entre las que destacan, en el plano minorista, la Directiva de venta a Distancia de Servicios Financieros (Directiva 2002/65/CE)¹¹, la de Mediación de Seguros (Directiva 2002/92/CE)¹² y la Directiva de Comercio electrónico, de carácter “horizontal” (Directiva 2000/31/CE)¹³. Por su gran influencia en el

⁸ DIRECTIVA 92/49/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al seguro directo distinto del seguro de vida y por la que se modifican las Directivas 73/239/CEE y 88/357/CEE (tercera Directiva de seguros distintos del seguro de vida). [Disposición derogada]. Diario Oficial de la Unión Europea, núm. 228, de 11 de agosto de 1992.

⁹ DIRECTIVA 2002/83/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de noviembre de 2002, sobre el seguro de vida. [Disposición derogada]. Diario Oficial de las Comunidades Europeas, núm. 345, de 19 de diciembre de 2002.

¹⁰ DIRECTIVA 2009/138/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, sobre el seguro de vida, el acceso a la actividad de seguro y de reaseguro y su ejercicio (Solvencia II). Diario Oficial de la Unión Europea, 19 de diciembre de 2009, L 335/1.

¹¹ DIRECTIVA 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, y por la que se modifican la Directiva 90/619/CEE del Consejo y las Directivas 97/7/CE y 98/27/CE. *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, núm. 271, de 9 de octubre de 2002.

¹² DIRECTIVA 2002/92/CE DEL Parlamento Europeo y del Consejo de 9 de diciembre de 2002 sobre la mediación en los seguros, 15 de enero de 2003, Diario Oficial de las Comunidades Europeas, L 9/3.

¹³ DIRECTIVA 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico). Diario Oficial de las Comunidades Europeas, núm. 178, de 17 de julio de 2000.

desarrollo de conceptos clave en la evolución del Derecho de los mercados financiero, como la “mejor ejecución”, debe destacarse la Directiva sobre instrumentos financieros (“MIFID I”, Directiva 2004/39/CE)¹⁴;

- Las normas derivadas de la nueva arquitectura europea que surgen de los Informes Lamfalussy (2001) y Laroisiere (2009), que buscan una mayor armonización normativa y una aplicación homogénea por los supervisores nacionales, sobre la base de la actuación de los supervisores financieros europeos (Reglamentos 1093/2010¹⁵, 1094/2010¹⁶ y 1095/2010¹⁷), Ello supondrá un reforzamiento de la función de los supervisores en la defensa del consumidor financiero;
- La respuesta a la crisis financiera de 2008 será el origen de cambios en las normas de comercialización de los servicios financieros, que se reflejarán en la Directiva MIFID II (Directiva 2014/65/UE)¹⁸ y en las que citaremos a continuación y afectarán al sector asegurador (Directiva de Distribución de Seguros¹⁹ -IDD o Directiva de Distribución en lo sucesivo- y Reglamento (UE) núm. 1286/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de noviembre de 2014 sobre los documentos de datos fundamentales relativos a los productos de inversión

¹⁴ DIRECTIVA 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros, por la que se modifican las Directivas 85/611/CEE y 93/6/CEE del Consejo y la Directiva 2000/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se deroga la Directiva 93/22/CEE del Consejo. [Disposición derogada]. DOUE núm. 145, de 30 de abril de 2004.

¹⁵ REGLAMENTO (UE) núm. 1093/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de noviembre de 2010, por el que se crea una Autoridad Europea de Supervisión (Autoridad Bancaria Europea), se modifica la Decisión no 716/2009/CE y se deroga la Decisión 2009/78/CE de la Comisión. Diario Oficial de la Unión Europea, de 15 de diciembre de 2010, L 331/12.

¹⁶ REGLAMENTO (UE) núm. 1094/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de noviembre de 2010 por el que se crea una Autoridad Europea de Supervisión (Autoridad Europea de Seguros y Pensiones de Jubilación), se modifica la Decisión nº 716/2009/CE y se deroga la Decisión 2009/79/CE de la Comisión. *Diario de la Unión Europea*, núm. 331, de 15 de diciembre de 2010.

¹⁷ REGLAMENTO (UE) núm. 1095/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de noviembre de 2010 por el que se crea una Autoridad Europea de Supervisión (Autoridad Europea de Valores y Mercados), se modifica la Decisión núm. 716/2009/CE y se deroga la Decisión 2009/77/CE de la Comisión. *Diario de la Unión Europea*, núm. 331, de 15 de diciembre de 2010.

¹⁸ DIRECTIVA 2014/65/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativa a los mercados de instrumentos financieros y por la que se modifican la Directiva 2002/92/CE y la Directiva 2011/61/UE. *Diario Oficial de la Comunidades Europeas*, de 12 de junio de 2014, L 173/349.

¹⁹ DIRECTIVA (UE) 2016/97 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 20 de enero de 2016 sobre la distribución de seguros. Diario Oficial de la Unión Europea, 2 de febrero de 2016, L 26/19.

- minorista vinculados y los productos de inversión basados en seguros²⁰ (- Reglamento PRIIPs” en lo sucesivo-);
- El Plan de Acción 2020 para la Unión de Mercados de Capitales²¹ tendrá como uno de sus principales objetivos hacer de la Unión Europea un lugar más seguro para que los individuos puedan ahorrar e invertir a largo plazo. Este Plan tendrá como manifestación en lo relativo al mercado minorista a través de la denominada “Estrategia para el inversor minorista”, muy influida por la normativa sobre instrumentos financieros, y que se manifestará a través de las propuestas normativas de 24 de mayo de 2023²², las cuales afectarán a la normativa aplicable a la comercialización de los productos aseguradores, dejando evidente la influencia del “marco MIFID”.

1.- NUEVAS NORMAS EN MATERIA DE DERECHO DE SEGUROS

Por una parte nos encontramos con la Directiva 2009/138/CE o “Directiva Solvencia II”, que no sólo ha supuesto una modificación en la forma de concebir el cálculo de los requerimientos de capital que deben permitir que las entidades aseguradoras, caracterizadas por la asunción profesionalizada de riesgos, puedan presentar una estabilidad financiera a largo plazo, sino que estima necesario regular la forma en la que las entidades aseguradoras deben organizarse en aras de una óptima gestión de esos riesgos. En ese contexto, el contrato de seguro sigue siendo la vestidura jurídica de las operaciones que constituyen el objeto de la entidad y la fuente de las obligaciones que asumen las entidades, obligaciones que son objeto de una cuidadosa transformación en partidas del balance de supervisión mediante principios y metodologías que tienen como finalidad la plena comparabilidad de los balances de las entidades aseguradoras y reaseguradoras en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión Europea.

²⁰ REGLAMENTO (UE) núm. 1286/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, sobre los documentos de datos fundamentales relativos a los productos de inversión minorista vinculados y los productos de inversión basados en seguros. Diario Oficial de la Unión Europea, núm. 352, de 9 de diciembre de 2014.

²¹ COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN al Parlamento europeo, al consejo, al Comité Económico y Social europeo y al Comité de las Regiones. Una Unión de los Mercados de Capitales para las personas y las empresas: nuevo plan de acción. Bruselas, 24 de septiembre de 2020, COM(2020) 590 final. Consultese en: https://finance.ec.europa.eu/capital-markets-union-and-financial-markets/capital-markets-union/capital-markets-union-2020-action-plan_en

²² Propuesta de DIRECTIVA del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifican las Directivas 2009/65/CE, 2009/138/CE, 2011/61/UE, 2014/65/UE y (UE) 2016/97 por lo que respecta a las normas de protección de los inversores minoristas en la Unión y Propuesta de REGLAMENTO del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (UE) núm. 1286/2014 en lo que respecta a la modernización del documento de datos fundamentales.

Por otra parte, ya hemos citado las dos normas comunitarias que han supuesto un cambio en la orientación del derecho sobre comercialización de los productos de seguro, siendo los vehículos a través de los cuales se ha consolidado un auténtico “Derecho de conducta” en el marco de los seguros, una vez que el “marco MIFID” entró en fase de maduración: la “Directiva IDD” y el “Reglamento PRIIPs”²³. La influencia que pueda este nuevo marco desplegar en el marco del Derecho Privado de seguros, es decir en la Ley de Contrato de Seguro, es uno de los objetivos que intenta afrontar este trabajo.

1.1. Estudios previos del Parlamento Europeo sobre la reforma del comercio minorista de productos financieros: *Estudio del Parlamento Europeo de junio de 2018: “Comercialización, venta y distribución” [IP/A/ECON/2016-17.pe 618.996 -junio 2018]*²⁴

Este estudio es parte de uno más general formado por cinco estudios temáticos²⁵, y gira en torno a los problemas que surgen durante la crisis 2007-2008, cuando se verifican un gran número de ventas inadecuadas (“mis-selling”) de productos financieros, y tiene como intención contrastar la finalidad de las normas comunitarias vigentes en esa época con la realidad de ventas producidas en el mercado. Se trata, pues, de evaluar en qué medida dichas normas no cumplieron los objetivos que el legislador pretendía en cuanto a tener el interés del consumidor como eje de la actividad comercializadora de este tipo de productos. Abarca el marco normativo en cuanto cubre el marketing, la venta y la actividad distribuidora de los productos financieros

El estudio parte de la situación pre-crisis y expone el enfoque que la normativa vigente entonces perseguía, en contraste con la normativa posterior a dicha crisis, en la que se ha testado ya las deficiencias que el primer enfoque presentó en la práctica. El cuerpo normativo principal sobre el que se basan las conclusiones del estudio son las Directivas denominadas “MIFID” (MIFID I: Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del

²³ Este carácter cambiante de la reciente normativa es puesto de manifiesto, entre otros, por ILLESCAS, R., “*La permanencia de la Ley de Contrato de Seguros frente a la permanente inestabilidad de sus normas de comercialización*”, *Revista Española de Seguros*, núm. 185-186, que recoge las Actas del III Congreso Nacional de SEAIDA: El seguro en el nuevo entorno normativo y tecnológico, 2021, pp. 125-130.

²⁴ “*Marketing, Sale and Distribution Mis-selling of Financial Products*”.
[https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2018/618996/IPOL_STU\(2018\)618996_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2018/618996/IPOL_STU(2018)618996_EN.pdf)

²⁵ Marketing, Sale and Distribution (ECON Study, Mis-selling of Financial Products), June 2018. Compensation of Investors in Belgium (ECON Study, Mis-selling of Financial Products), June 2018. Subordinated Debt and Self-Placement (ECON Study, Mis-selling of Financial Products), June 2018. Mortgage Credit (ECON Study, Mis-selling of Financial Products), June 2018. Consumer Credit (ECON Study, Mis-selling of Financial Products), June 2018.

Consejo de 21 de abril de 2004 relativa a los mercados de instrumentos financieros y MIFID II: Directiva 2014/65/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de mayo de 2014 relativa a los mercados de instrumentos financieros). En este sentido el estudio parte de la base de que son estas Directivas MIFID las que han fijado el estándar de protección de los consumidores de servicios financieros, configurando una referencia sobre la que otros marcos regulatorios sectoriales (principalmente el sector asegurador y sus productos con un componente financiero relevante) deben girar y utilizar como referencia.

Marco precrisis. - Se basa en la divulgación de una información mínima sobre costes y riesgos. No se prevén normas que limiten la oferta y el diseño de los productos en su fase precontractual. Sí se exige, como expresión del principio general de actuación en interés del consumidor, que la información sea clara, justa y no engañosa. No hay otras formas de limitar al empresario salvo que use engaños o actúe de forma fraudulenta. De esta forma, la divulgación de la información (“disclosure”) actúa como el paradigma de la normativa de esta época. Su base se encuentra en la aplicación de un enfoque liberal en lo económico sobre el proceso de contratación, en cuya virtud el consumidor actúa racionalmente, maximizando su beneficio, si dispone de la información adecuada para contratar. No obstante, a pesar de ello aparecen muchos casos de ventas inadecuadas de forma intencional y sistemática tanto en los 90 como en los primeros 2000. Sobre la base del modelo de información imperante se intenta aplicar enfoques alternativos a fin de que las normas recojan los estudios sobre finanzas conductuales en virtud de los cuales se ponen de manifiesto que en ocasiones la racionalidad supuesta en el consumidor informado es alterada por la incidencia de factores de diversa índole, que llevan a decisiones que no concuerdan con su mejor interés. Igualmente se reafirma la importancia que la complejidad tiene en la generación de información asimétrica de los mercados financieros. La falta de educación financiera aparece como una realidad explicativa de lo equivocado del enfoque vigente, deteniéndose los estudios en la confirmación de la existencia de sesgos en el comportamiento presuntamente “racional” debido a:

- Exceso de confianza;
- Percepción errónea de la tolerancia al riesgo;
- Influencia del entorno social; y
- Efectos “marco”, por el que sólo se perciben los rasgos más positivos frente al resto de los que conforman los productos.

Como hemos apuntado, el Plan de Acción de Servicios Financieros (PASF) de la Comisión Europea comienza en 1999 y crea hasta 40 normas con la finalidad de proteger a los inversores divulgando más información, sobre la base de que la intervención normativa sólo pueda justificarse si los costes que genera su implantación sean tolerables. Entre las Directivas que se puede decir que son paradigmáticas de este PASF figuran las de Folletos informativos (DIRECTIVA 2003/71/CE del Parlamento Europeo y del

Consejo de 4 de noviembre de 2003 sobre el folleto que debe publicarse en caso de oferta pública o admisión a cotización de valores)²⁶ o la “MIFID I”. Esta última introducirá el concepto de “mejor ejecución” para instaurar un patrón de conducta profesional de los intermediarios en los mercados de instrumentos financieros. Sin embargo, faltarán suficientes controles sobre los conflictos de interés y el diseño de los productos. El elevado número de ventas inadecuadas llevó a la conclusión de que la trasposición de la Directiva a los ordenamientos nacionales no fue la adecuada y de que las firmas no suministraron un asesoramiento adecuado sin desplegar una actuación diligente.

Lo anterior hace que la Comisión Europea se plantea un período de reflexión entre 2005 y 2009 con vistas a bordar en el futuro las debilidades que el paradigma de la normativa “FSAP” presentaba.

La crisis financiera surge en este período, poniendo de manifiesto algunos de los fallos que la normativa puso de manifiesto:

- El arbitraje regulatorio causado por el enfoque sectorial de la legislación comunitaria, que permitía diseñar productos que se comercializaban por instituciones financieras a las que se les aplicaba una normativa menos rigurosa que la derivada de la MIFID I (fondos de inversión y seguros – unit linked, por ejemplo-, regulados por la Directiva de Mediación de Seguros);
- Casos de gran relevancia pública que muestran graves deficiencias en la información de los riesgos derivados de ciertos instrumentos financieros;
- Uso de productos subordinados para cumplir los requisitos de capital derivados de la Directiva de entidades de crédito;
- Extensión de productos complejos como válidos para la inversión minorista y sistema poco transparente de incentivos en la venta de estos.

La necesaria reforma de la MIFID I surgirá de la verificación por la Comisión Europea de ciertos fallos del sistema que se manifiestan en las carencias del asesoramiento financiero, de la deficiente regulación de los incentivos y sobre todo de la necesidad de evolucionar hacia otro paradigma que no repose únicamente en la información a suministrar al cliente, sino que se oriente más hacia una conducta de tratamiento leal al inversor, creyendo necesario reforzar los poderes del supervisor a la hora de intervenir o prohibir los productos, como una forma eficiente de abordar los problemas creados en el mercado por los productos complejos y por los límites derivados de la divulgación de la información y la falta de educación financiera.

²⁶ DIRECTIVA 2003/71/CE del Parlamento Europeo y de Consejo, de 4 de noviembre de 2003, sobre el folleto que debe publicarse en caso de oferta pública o admisión a cotización de valores y por la que se modifica la Directiva 2001/34/CE. Diario Oficial de la Unión Europea, de 31 de diciembre de 2003, L 345/64.

Enfoque normativo posterior a la crisis.-

Por lo anterior, el paradigma va a evolucionar desde la divulgación de la información a la conducta del consumidor como un todo. Por ello, se van a articular otros mecanismos de protección en torno a la distribución, la información y la intervención de los productos. El nuevo paradigma basado en la conducta pone en evidencia que los inversores no pueden procesar toda la información facilitada y con ello calcular los riesgos. Se propone un patrón más “intervencionista” que reduzca la posibilidad de incurrir en pérdidas por los consumidores y tenga en cuenta los sesgos de conducta que la experiencia ha demostrado que juega un papel significativo en los casos, numerosos, de ventas inadecuadas.

La Directiva “MIFID II” desarrollará unos nuevos instrumentos de defensa del consumidor y reforzará otros sobre un ámbito basado en el producto como eje del sistema, para evitar que el sujeto esté sometido a requisitos diferentes en función de su estatuto jurídico. Deberá afrontar los conflictos de interés derivados de los flujos de pagos y retribuciones entre los gestores de activos los diseñadores de productos y los intermediarios financieros que los ofrecen a los clientes.

Uno de los nuevos instrumentos que MIFID II regula se dirige a que las empresas de servicios de inversión creen, mantengan y revisen todo un proceso de diseño y aprobación de productos que despliega un gran número de obligaciones sobre el creador del instrumento financiero y sobre el distribuidor, el cual queda obligado a desarrollar una serie de acciones sobre el potencial cliente para asegurar que su perfil se adecúa al del destinatario ideal del producto, con obligación de mantener el rastro del proceso de venta a disposición de los supervisores.

Junto a las obligaciones derivadas de gobierno del producto, se dan otra configuración a deberes de conducta ya reflejados en la Directiva MIFID I:

- Mayores exigencias para evitar los conflictos de interés a través de los incentivos entre los distintos operadores implicados en los procesos de venta;
- Reforzar el asesoramiento, creando nuevas formas, como el asesoramiento independiente y estableciendo requisitos de formación más rigurosos;
- Subrayar la labor fiduciaria de la firma de inversión en busca de un real trato leal y no engañoso frente al inversor;
- Reconocimiento del poder de las autoridades nacionales, junto a la autoridad europea sobre mercados (ESMA), que luego se extenderá a otras autoridades, para prohibir o restringir la comercialización, distribución o venta de un concreto instrumento financiero o actividad, siempre que perjudique el funcionamiento del mercado en detrimento del consumidor;

El Parlamento Europeo mencionará el caso de los productos de inversión basados en seguros (IBIPs en lo sucesivo), que quedan excluidos del ámbito MIFID. Las sucesivas reformas normativas harán que esta excepción quede aminorada, al extender las citadas herramientas regulatorias al régimen legal de estos productos aseguradores, lo cual se materializará en el ya citado Reglamento (UE) no 1286/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de noviembre de 2014 sobre los documentos de datos fundamentales relativos a los productos de inversión minorista vinculados y los productos de inversión basados en seguros (Reglamento “PRIIPs”). La base de este régimen unificador está en que productos con las mismas características económicas, principalmente las formas de rendimiento que presentan recibían un trato normativo diferente en varios aspectos:

- Requisitos de información;
- Normas sobre conflictos de interés en la venta y la promoción; y
- Poderes del supervisor en cuanto a la intervención de productos.

Algunas carencias de la MIFID II son puestas de manifiesto por el Parlamento Europeo, dando directrices para que las nuevas normas que afectan a la conducta de mercado y a la defensa del consumidor financiero creen algunos nuevos instrumentos para hacer frente a dichas deficiencias:

- Necesidad de una supervisión más estricta de las exigencias regulatorias en materia de gobierno de productos. Se va, pues, a confiar más en la acción pública de supervisión frente a normas sustantivas directamente protectoras de los derechos y de las posiciones jurídicas más vulnerables;
- Ampliar el ámbito de aplicación de las herramientas de la MIFID II a los productos de inversión basados en seguros. La Directiva de Distribución de Seguros tendrá como objetivo y contenido esencial llevar a cabo esta falta de armonización en el tratamiento normativo;
- La inexistencia de formatos estándar que recojan la información a suministrar a los clientes, principalmente en lo relativo a costes y gastos y a riesgos asumidos por los inversores. La aparición de documentos informativos normalizados será una nota común en varios cuerpos normativos que surjan en el ámbito de la normativa de servicios financieros de la Unión Europea;
- Excesiva carga informativa para los clientes minoristas, tanto en extensión como en complejidad. Este rasgo va a constituir un desafío normativo para el legislador comunitario, lo que va a llevar a enfoques en futuras disposiciones legales que se pregunten sobre la posibilidad de ofrecer la información por capas (“layers”) y afrontar la difícil tarea de definir por niveles lo que es más importante para el consumidor.

Hacia la unificación de la normativa UE sobre productos financieros. –

En sus conclusiones, el Parlamento Europeo, al analizar la normativa de la Unión Europea hasta el momento estima lo siguiente sobre la misma:

- Crea segmentación de riesgos y oportunidades de arbitraje regulatorio para las instituciones financieras en cuanto a diseñar productos de alto riesgo con una reducida protección normativa;
- Muchos productos se diseñan para cumplir con la normativa y no para ofrecer mejores opciones para los clientes;
- Se sugiere una alineación de los requisitos de promoción, venta y distribución (junto a poderes de intervención semejantes) de todos los productos financieros vendidos en la Unión Europea a los clientes minoristas;
- El enfoque sectorial mantenido hasta el momento se considera como un obstáculo para los fines de un Mercado Único competitivo con un mismo nivel de protección para el cliente

1.2. Actuaciones posteriores

El marco normativo que analizaremos a continuación, centrado en la Directiva de Distribución de seguros (IDD)²⁷ y el Reglamento “PRIIPs” será revisado con ocasión de la denominada por la Comisión Europea “*Estrategia de la Inversión Minorista*” (“*Retail investment strategy*”), de 24 de mayo de 2023²⁸, que trata de implementar el mercado de productos financieros al por menor, garantizando una mejor protección y eliminando los obstáculos que se hayan detectado en el marco anterior. En otro Capítulo de este trabajo se tratan las modificaciones propuestas en la Directiva IDD y en el Reglamento “PRIIPs”²⁹.

1.3. Directiva IDD (Directiva (UE) 2016/97 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de enero de 2016 sobre la distribución de seguros)

El primer texto, la Directiva IDD, establece un nuevo sistema de distribución de los seguros en la Unión Europea, caracterizado por la ampliación de su ámbito subjetivo, de forma que se aplica no sólo a lo que la Directiva anterior (Directiva 2002/92/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de diciembre de 2002, sobre la mediación en los

²⁷ DIRECTIVA (UE) 2016/97 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de enero de 2016, sobre la distribución de seguros.

²⁸ https://finance.ec.europa.eu/publications/retail-investment-strategy_en

²⁹ Propuesta de DIRECTIVA del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifican las Directivas 2009/65/CE, 2009/138/CE, 2011/61/UE, 2014/65/UE y (UE) 2016/97 por lo que respecta a las normas de protección de los inversores minoristas en la Unión, y la Propuesta de REGLAMENTO del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (UE) núm. 1286/2014 en lo que respecta a la modernización del documento de datos fundamentales, ambos textos de 24 de mayo de 2023.

seguros) denominaba mediadores, sino a todos los sujetos que distribuyen seguros en el mercado comunitario independientemente de la forma en la que actúen. La perspectiva que adopta la Directiva se centra en la defensa del consumidor, el cual no debe verse afectado por las distintas formas de distribuir seguros y los distintos sujetos que realizan la actividad. Por ello se aplica a la distribución de la forma más amplia que pueda concebirse. Esta Directiva se aplicaría a la distribución de los productos de seguro y reaseguro que resultan del ejercicio de las actividades reservadas a las entidades de seguro y reaseguro y que concretan el principio de especialización operativa para este tipo de entidades, es decir, las contempladas en la Directiva ya citada 2009/138/CE (“Solvencia II”) en su Anexo I para los Ramos de seguro distintos del seguro de vida y en su Anexo II para los seguros de Vida, y que son descritas en el artículo 2 de la Directiva. Pero además, esta Directiva se ocupa de las actividades de los distribuidores de seguros no sólo en cuanto al desempeño de una actividad profesional que deberá reunir una serie de requisitos para el ejercicio de una actividad que goce de reconocimiento mutuo en la Unión Europea. Se trata, además, de regular con detalle las relaciones de estos con sus clientes en tres ámbitos que se desarrollarán en el presente trabajo:

1. El suministro de información;
2. La forma de actuación frente a ellos; y
3. La manera de organizar su empresa en cuanto a la distribución de productos.

1.4. Reglamento PRIIPs (Reglamento (UE) 1286/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de noviembre de 2014 sobre los documentos de datos fundamentales relativos a los productos de inversión minorista vinculados y los productos de inversión basados en seguros)³⁰

El segundo texto, el denominado “Reglamento PRIIPs”, se inscribe en un ámbito diferente pero complementario del propio de la Directiva IDD. En primer lugar, porque se trata de una normativa “horizontal”, que trata de aplicar un mismo marco de reglas a productos que se comercializan por intermediarios financieros sometidos a diversos sistemas de regulación prudencial, esto es, al propio de las entidades de crédito, de las empresas de servicios de inversión y a las entidades aseguradoras y reaseguradoras. El criterio del regulador comunitario será atender a la naturaleza económica del producto más que a la forma jurídica del intermediario que lo produce y distribuye en el mercado. De nuevo, el principio de sustancia sobre forma se impone también en materia de comercialización de productos financieros, entendiendo este concepto en el sentido más

³⁰ Reglamento (UE) núm. 1286/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, sobre los documentos de datos fundamentales relativos a los productos de inversión minorista vinculados y los productos de inversión basados en seguros. Diario Oficial de la Unión Europea, núm. 352, de 9 de diciembre de 2014.

amplio posible. La sustancia o naturaleza común que se busca en estos productos es su finalidad principalmente inversora o, dicho con otra perspectiva, el predominio de riesgos financieros sobre cualquier otro riesgo presente en el mercado, entendiendo en este caso “riesgo financiero” como aquel “derivado de variaciones futuras en una o más variables financieras (tipo de cambio, precio de un instrumento financiero, tipo de interés, índice de precios o de tipos o de ratings)”, basándonos en los criterios definidos por las Normas Internacionales de Contabilidad ³¹.

El eje central del Reglamento PRIIPs será elaborar un estándar de información precontractual, materializado en un documento normalizado, que se suministrará al adquirente de estos productos, con la finalidad de que obtenga una mejor información y una posibilidad de comparación entre las diferentes ofertas del mercado. La intención en presentar estos productos a través de un mismo formato en el que la información suministrada se obtenga aplicando la misma metodología. Pero este Reglamento, que crea una nueva categoría de productos de seguro denominados “productos de inversión basados en seguros” (“IBIPs” en lo sucesivo, por sus iniciales en inglés) condicionarán la Directiva IDD, dado que establecerá un régimen específico para la comercialización de estos productos, el cual estará totalmente inspirado en la Directiva 2014/65/UE, sobre los mercados de instrumentos financieros (“MIFID II”), dada la naturaleza esencialmente financiera que el legislador comunitario le atribuye.

En consecuencia, estas dos normas configuran lo que será la base de un nuevo derecho de transparencia de los productos de seguros en el ámbito de la Unión Europea, que amplían el ámbito tradicional de esta normativa, centrado tradicionalmente en el suministro de información al cliente, a todo el proceso de comercialización del producto hasta que éste emite su voluntad de adherirse al contrato que configura legalmente el producto. En este proceso el papel del distribuidor adquiere una relevancia esencial, lo que define un marco de diligencia que se manifiesta en las normas de conducta a cumplir antes, durante y después del acto de la venta. El esfuerzo supervisor que la vigilancia del cumplimiento de estas normas supone no debe pasar desapercibido, en busca de la

³¹ Para la Norma Internacional de Información Financiera núm. 4 (NIIF 4) sobre contratos de seguro, un contrato de seguro es un “contrato en el que una de las partes (la entidad aseguradora) acepta un riesgo significativo de seguro de la otra parte (el tomador de la póliza), acordando compensar al tomador si ocurre un evento futuro incierto (el evento asegurado) que afecta de forma adversa al tomador del seguro. Igualmente, se define el riesgo financiero como “el riesgo que representa un posible cambio futuro en una o más de las siguientes variables: un tipo de interés especificado, el precio de un instrumento financiero, el precio de una materia prima cotizada, un tipo de cambio, un índice de precios o de intereses, una clasificación crediticia u otra variable. Si se trata de un variable no financiera, es necesario que la misma no sea específica de una de las partes del contrato [fuente: http://www.normasinternacionalesdecontabilidad.es/nic/pdf/niif4.pdf*]

eliminación de la característica asimetría informativa del cliente de servicios y productos financieros.

2. CONSECUENCIA: EL DERECHO DE CONDUCTA EN LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO DE LA CONTRATACIÓN DE SEGUROS

El presente trabajo pretende exponer cómo el nuevo marco normativo, que tiene su fuente en la legislación comunitaria, y que gira en torno a una transparencia reforzada y a la consecución de una mejor conducta de mercado influirá en las bases de la contratación de los seguros³². En consecuencia, pretende identificar el comienzo de una nueva etapa en el derecho de la contratación de los seguros que deberá modificar la perspectiva que sobre el contrato de seguro y su relación con los elementos subjetivos que interviene en el mismo existente hasta el momento. En las distintas etapas que diferenciaremos ocupará siempre el eje la protección del asegurado en tanto que parte débil del contrato, bien como consumidor, bien como cliente minorista, bien como no perteneciente a la categoría de contratante en un seguro de grandes riesgos. En el capítulo Octavo de este trabajo se desarrolla el concepto de grandes riesgos como elemento diferenciador de los tipos de seguro en función del grado de protección que debe dispensarse al asegurado.

De forma simplificada puede decirse que La Ley de Contrato de Seguro estableció tres mecanismos o técnicas que enmarcaron el sistema de protección del asegurado hasta que un nuevo sistema basado en lo que podíamos denominar “Derecho de conducta” del asegurador irrumpiera, haciendo más compleja la comercialización de los seguros:

1. La definición de sus derechos mínimos e irrenunciables;
2. El suministro de información; y
3. La regulación del proceso precontractual.

El nuevo marco de protección que tanto la Directiva IDD como el Reglamento PRIIPs definen se configura en torno a unas “líneas de defensa” que tienen como finalidad garantizar que la posición jurídica que el asegurado alcanza en el contrato esté suficientemente reforzada, lo que se produce después de cumplir un gran número de requisitos normativos. Estas líneas resultan de las siguientes técnicas aplicadas al “proceso de venta”:

³² El Reglamento PRIIPs se aplicó de forma directa, sin necesidad de trasposición, dada su naturaleza normativa, a partir de 31 de diciembre de 2016, mientras que la Directiva IDD se traspuso al ordenamiento español a través del Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero, de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores; de seguros privados; de planes y fondos de pensiones; del ámbito tributario y de litigios fiscales (BOE núm. 31, de 05/02/2020), y en concreto en su libro II, título I (artículos 127 a 211), bajo la rúbrica “transposición de la Directiva (UE) 2016/97 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de enero de 2016, sobre la distribución de seguros.”

1. Información reforzada y normalizada;
2. Supervisión y Gobierno de productos (POG en lo sucesivo): diseño del producto y nuevos deberes del intermediario financiero y regulación del conflicto de intereses;
3. Adecuación a las demandas y necesidades. Asesoramiento;
4. Advertencias sobre productos complejos;
5. Intervención pública (contenido³³)

Ya hemos anticipado cómo la pregunta que surge es cómo el Derecho privado, y su expresión en la Ley de Contrato de Seguro, se verá afectado sobre la base de este marco protector que podría calificarse como “de naturaleza pública o administrativa” por la naturaleza del órgano que debe aplicarlo.

El sistema evoluciona desde la mera provisión de información hacia la exigencia de unos deberes de conducta rigurosos en el diseñador o “fabricante” del producto o en el distribuidor en orden a garantizar esas “líneas de defensa” de los intereses del consumidor.

En consecuencia, el cumplimiento de estos deberes implica un desplazamiento de la defensa del consumidor desde normas estrictamente privadas hacia reglas cuya eficacia en esa labor de defensa se apoya fundamentalmente en la labor de supervisión y vigilancia de las autoridades de supervisión de la conducta, en su caso, o prudenciales.

2.1. La Ley del Contrato de seguro y la tutela del asegurado

La Ley de Contrato de Seguro de 1980 tuvo como función fundamental fijar unos mecanismos para la tutela del asegurado, parte considerada débil o vulnerable en la relación jurídica derivada del contrato de seguro.

La experiencia obtenida a lo largo del siglo XX por la supervisión administrativa de los seguros puso de manifiesto esa debilidad y también produjo reacciones en el ejercicio de la función tutelar que la Ley otorgaba a la Administración³⁴. La autorización previa de

³³ Determinadas actuaciones del Supervisor Europeo de Seguros (EIOPA, por sus siglas en inglés) anticipan un posible resurgimiento del deber del supervisor de vigilancia “ex post” del contenido de los contratos. Este punto se desarrolla más adelante.

³⁴ La Ley relativa a la inscripción en el Registro, de 14 de mayo de 1908, que al efecto se “establece de las Compañías, Sociedades, Asociaciones, y en general todas las entidades que tengan por fin realizar operaciones de seguro”, establecía que no se daría la autorización para funcionar a las entidades solicitantes “Cuando del examen de las condicione de pólizas o contratos resulte que estos contienen condiciones ilegales, ambigüas o lesivas para los asegurados”. *Vid.* Art. 6 de la Ley de 14 de mayo de 1908: Ley relativa a la inscripción en el Registro que al efecto se establece de las Compañías, Sociedades, Asociaciones, y en general, todas las entidades que tengan por fin realizar operaciones de seguro. Gaceta de Madrid núm. 136, de 15 de mayo 1908.

los condicionados generales se instauró como una forma de tutela que se correspondía con un mercado sometido a controles en los distintos subsectores del sistema financiero. Frente a una protección que podía entenderse como eficaz, en la medida en que implicaba la participación de expertos en el examen del contenido de las pólizas, el precio a pagar era un menor dinamismo y una creación muy reducida de nuevos productos o nuevas coberturas, siempre condicionada a la obtención de una autorización administrativa con la incertidumbre que puede suponer al administrado.

El propio desarrollo del mercado, un marco constitucional fundamentado en la libertad de empresa, en el marco de una economía de mercado, hacían inviable el mantenimiento de un sector financiero o una parte de él sometido a rigideces administrativas. En el momento de la promulgación de la Ley de Contrato de Seguro ya se perfilaba lo que sería unos años después la Ley de Ordenación de 1984, en la que, por lógica económica e imperativo constitucional, desaparecería el régimen de autorización administrativa previa de pólizas y tarifas.

Surge así la Ley de Contrato de Seguro, la cual trata de compensar esa liberalización del mercado asegurador con el establecimiento de una serie de técnicas o instrumentos, fijados normativamente, que tratan de mantener el nivel de tutela que se perdió por la vía de la tutela administrativa. No obstante, el artículo 3 de la Ley mantendrá un resto de esa tutela administrativa cuando en su último párrafo recuerda la labor de la Administración, imponiéndole incluso un deber o una reacción en caso de sentencia del Tribunal Supremo³⁵.

El sistema de protección del asegurado que la Ley de Contrato de Seguro se basa en una serie de elementos que persiguen garantizar el conocimiento del contenido del contrato por el asegurado a la vez que protege la posición de éste, definiendo derechos mínimos e irrenunciables a lo largo de las diferentes etapas de la vida del contrato (declaración del riesgo asegurado, pago de la prima, evolución del riesgo, pago del siniestro):

1. Regulación detallada de las fases de la contratación (solicitud, proposición y póliza), tanto en su desarrollo temporal como en el contenido y efectos de cada documento en la formación del contrato;
2. Régimen de las condiciones generales de la contratación. El artículo 3 se considera como pionero en la regulación de este componente de los contratos de adhesión. El establecimiento de reglas sobre la incorporación de las condiciones al contrato en cuanto a su claridad, precisión y aceptación por el asegurado en caso de limitar

³⁵ “...Las condiciones generales del contrato estarán sometidas a la vigilancia de la Administración Pública en los términos previstos por la Ley. Declarada por el Tribunal Supremo la nulidad de alguna de las cláusulas de las condiciones generales de un contrato, la Administración Pública competente obligará a los aseguradores a modificar las cláusulas idénticas contenidas en sus pólizas”.

- sus derechos, serán instrumentos jurídicos que se consolidarán en todas y cada una de las normas que busquen defender la posición del contratante más débil; y
3. Carácter imperativo de las normas que definen derechos de los asegurados, considerados irrenunciables.

Dos normas generales posteriores (la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios³⁶ y la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación³⁷) reforzarán la posición de los consumidores y de los adherentes, junto con la influencia que irá desplegando con el paso del tiempo la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores³⁸ y que tendrá su máxima expresión en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE en lo sucesivo) sobre su interpretación y aplicación, como se verá más adelante.

Bien es cierto que la Ley se ocupa asimismo de regular el proceso precontractual y la información a suministrar en el mismo, a través de la regulación de la oferta y proposición de contrato, aunque su aplicación no se encastró en un proceso contractual suficientemente explicitado en cuanto a las responsabilidades de los actores que intervienen en el contrato. La falta de normas de aplicación de estos deberes no garantizó la plena defensa de la situación del contratante en el proceso previo al contrato, junto a la gran evolución de un mercado asegurador que ofrecía cada vez más productos nuevos que cubrían nuevos riesgos, presentaban estructuras más complejas y se dirigían a clientes con específicas necesidades de cobertura.

2.2. La introducción de las normas de transparencia y defensa del cliente

La supervisión de los mercados financieros se enmarca en una función pública que surge por la necesidad de permitir que la economía real obtenga los recursos suficientes para su funcionamiento, que se genere un entorno de confianza con relación a la actuación fiduciaria de los sujetos que operan en el mercado, y que el cliente esté protegido como ahorrador, inversor o tomador en las relaciones jurídicas que establezca³⁹, en un marco

³⁶ BOE núm. 176, de 24 de julio de 1984. [Disposición derogada].

³⁷ BOE núm. 89, de 14/04/1998.

³⁸ DIRECTIVA 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, núm. 95, de 21 de abril de 1993.

³⁹ Así, B. BELANDO concibe la regulación pública del mercado financiero como basada en la gestión de riesgos, en donde coinciden conceptos como abuso de mercado, información privilegiada y defensa del consumidor, descansando esta última en una función basada en un interés público superior. *Vid.* BELANDO GARÍN, B., “La protección pública del consumidor de servicios financieros (banca, bolsa y seguros): Una perspectiva transversal”, en BATALLER GRAU, J., VEIGA COPO, A.B. (dir.), *La*

normativo que tiende a una homogeneización entre los sectores que integran dicho mercado, de forma que hay una asimilación de la idea de consumidor, independientemente del subsector financiero del que se trate. Tanto el asegurado como el cliente de entidades de crédito como el inversor van a coincidir en concebirse como parte débil en los contratos en los que van a entrar como parte

La Ley 26/1988, de 29 de julio, de disciplina e intervención de entidades de crédito estableció en su artículo 48.2⁴⁰ otorgó al regulador bancario una serie de competencias

protección del cliente en el mercado asegurador, Civitas/Thomson Reuters, Cizur Menor, España, 2014, pp. 269 y ss.

⁴⁰ El artículo 48.2 Ley 26/1988 faculta al Ministro de Economía y Hacienda para que, con el fin de proteger los legítimos intereses de la clientela activa y pasiva de las entidades de crédito y sin perjuicio de la libertad de contratación que, en sus aspectos sustantivos y con las limitaciones que pudieran emanar de otras disposiciones legales, deba presidir las relaciones entre las entidades de crédito y su clientela, pueda:

- a) Establecer que los correspondientes contratos se formalicen por escrito y dictar las normas precisas para asegurar que los mismos reflejen de forma explícita y con la necesaria claridad los compromisos contraídos por las partes y los derechos de las mismas ante las eventualidades propias de cada clase de operación, en especial, las cuestiones referidas a la transparencia de las condiciones financieras de los créditos o préstamos hipotecarios. A tal efecto, podrá determinar las cuestiones o eventualidades que los contratos referentes a operaciones financieras típicas con su clientela habrán de tratar o prever de forma expresa, exigir el establecimiento por las entidades de modelos para ellos e imponer alguna modalidad de control administrativo sobre dichos modelos. La información relativa a la transparencia de los créditos o préstamos hipotecarios, siempre que la hipoteca recaiga sobre una vivienda, se suministrará con independencia de la cuantía de estos.
- b) Imponer la entrega al cliente de un ejemplar del contrato debidamente suscrito por la entidad de crédito.
- c) Establecer que las entidades de crédito comuniquen a las autoridades administrativas encargadas de su control y den a conocer a su clientela cualesquiera condiciones relativas a sus operaciones activas y pasivas, con obligación de aplicar las mismas en tanto no se comunique o dé a conocer su modificación.
- d) Dictar las normas necesarias para que la publicidad, por cualquier medio, de las operaciones activas y pasivas de las entidades de crédito incluya todos los elementos necesarios para apreciar sus verdaderas condiciones, regulando las modalidades de control administrativo de dicha publicidad, y pudiendo establecer, entre ellas, el régimen de previa autorización.
- e) Efectuar, por sí o a través del Banco de España, la publicación regular, con carácter oficial, de determinados índices o tipos de interés de referencia que puedan ser aplicados por las entidades de crédito a los préstamos a interés variable, especialmente en el caso de préstamos hipotecarios. Sin perjuicio de la libertad de contratación, el Ministro de Economía y Hacienda podrá establecer requisitos especiales en cuanto al contenido informativo de las cláusulas contractuales definitorias del tipo de interés, y a la comunicación al deudor del tipo aplicable en cada período, para aquellos contratos de préstamo a interés variable en los que se pacte la utilización de índices o tipos de interés de referencia distintos de los oficiales señalados en el párrafo precedente.
- f) Extender el ámbito de aplicación de las normas dictadas al amparo de los apartados precedentes a cualesquiera contratos u operaciones de la naturaleza prevista en dichas normas, aun cuando la entidad que intervenga no tenga la condición de entidad de crédito.
- g) Regular las especialidades de la contratación de servicios bancarios de forma electrónica con arreglo a lo que establezcan las normas que, con carácter general, regulan la contratación por vía electrónica.
- h) Determinar la información mínima que las entidades de crédito deberán facilitar a sus clientes con antelación razonable a que estos asuman cualquier obligación contractual con la entidad o acepten cualquier contrato u oferta de contrato, así como las operaciones o contratos bancarios en que tal información pre-contractual será exigible. Dicha información tendrá por objeto permitir al cliente conocer las características esenciales de los productos

para desarrollar normas que fijasen los deberes de las entidades de crédito respecto de la información a suministrar a sus clientes, lo que dio lugar a una serie de normas de transparencia emitidas por el Ministro de Economía y Hacienda y por el Banco de España.

La primera Ley moderna de supervisión de seguros privados, la Ley 33/1984, de ordenación de los seguros privados⁴¹ no regulaba sino de forma vaga la protección de los clientes de las entidades de seguros. Su artículo 35 confiaba que la administración defendiera a los tomadores, asegurados y beneficiarios de las “*prácticas contrarias a la Ley o que afectaran a sus derechos*”.

Con el fin de trasponer los requerimientos de las denominadas “Terceras” Directivas sobre seguros de la Unión Europea, la Ley 30/1995, de supervisión de los seguros privados recogerá la información mínima que deben suministrar los aseguradores a sus clientes, consolidando esta etapa legislativa caracterizada por la información de la que debe disponer el contratante antes de declarar su voluntad de adherirse a un contrato de seguro. Se hará una distinción entre los seguros de vida y los seguros distintos a vida, de forma que para los primeros habrá una información más rigurosa sobre las prestaciones de la entidad aseguradora y el ejercicio de los derechos de los tomadores y asegurados. En el caso de los seguros distintos a los de vida la información a suministrar tendrá más relación con favorecer el ejercicio de la libertad de prestación de servicios que una auténtica función de desplegar una clara información precontractual. En todo caso, esta etapa se caracterizará por la información mínima a suministrar al cliente. No existirá una preocupación por la forma en la que esa información es suministrada ni se intentará distinguir entre lo esencial y lo accidental al contrato.

Por su parte, la recientemente promulgada Ley 10/2014, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras no hace sino reproducir el esquema de la derogada Ley 30/1995, por lo que la podemos considerar en la etapa de la información mínima, a esperas de las modificaciones que la nueva normativa sobre el proceso precontractual obligue a introducir, derivadas de las Directivas IDD y del Reglamento PRIIPs. No obstante, se introduce, si bien de forma meramente nominativa, una denominada “supervisión de conducta”, si bien los preceptos que la desarrollan en el Capítulo VII del Título III (artículo 96 a 100) no hacen sino reunir un conjunto de normas de distinto contenido y naturaleza, ya que abarcan desde los requisitos de carácter técnico que deben reunir las tarifas de pólizas que se usen en el mercado hasta la resolución de las quejas de los clientes, publicidad o deber general de información. Nada figura sobre la vigilancia del proceso precontractual ni sobre la conducta que las entidades

propuestos y evaluar si estos se ajustan a sus necesidades y, cuando pueda verse afectada, a su situación financiera.

⁴¹ BOE núm. 186, de 4 de agosto de 1984, [Disposición derogada].

aseguradoras deben desplegar para la atención de las necesidades del tomador. Igualmente, ninguna mención se hace a la gestión por los aseguradores de los conflictos de interés que se puedan producir entre los distintos sujetos que intervienen en el proceso de diseño, comercialización y venta de los productos de seguros. En suma, no se incluye ningún elemento de los que configuran el Derecho de conducta de las instituciones financieras.

2.3. La consideración de la fase precontractual como un conjunto de obligaciones diversas

Cuestión previa para exponer esta nueva fase que se anuncia en la forma de regular la contratación en el marco asegurador, merece mencionar las limitaciones que la normativa de consumo de la Unión Europea, cristalizada en la Directiva 93/13/CEE, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, impone. Nos referimos a la exclusión del juicio de abusividad de todas aquellas cláusulas que se refieran al objeto principal del contrato. Dado que el objeto principal del contrato de seguro se centra en la concurrencia de dos elementos: cobertura y precio, resulta difícil estimar claramente cuándo nos encontramos con una cláusula abusiva en torno a la exclusión o no de una cobertura, dado que siempre se puede argüir que la prima es su equivalente económico. Por ello es el control de transparencia el que deviene fundamental a la hora de determinar si se ha producido una real comprensión por el cliente de los elementos esenciales del contrato, es decir, de los que cubren sus necesidades al contratar. Estos externos se desarrollarán más adelante en este trabajo.

Por ello, no es aventurado hablar del advenimiento de un nuevo marco jurídico regulador de la fase precontractual sobre el contrato de seguro. Frente a la información se reacciona estableciendo formatos uniformes en los documentos contractuales a suministrar. Se intenta sustituir la exhaustividad, que puede llevar a una deficiente comprensión de los elementos esenciales de la operación, por la relevancia, por los elementos que van a influir en la decisión final del contratante. La información ya no tiene como objetivo exponer todos los elementos de su futura relación jurídica que el contrato mostrará, sino subrayar aquellos puntos que permiten al cliente optar por una u otra oferta o, simplemente, no contratar. Es en este ámbito en el que estudios sobre la motivación o comportamiento del cliente de servicios financieros en el proceso de contratación influirán en las decisiones legislativas cuando se aborden los contenidos esenciales y la manera de exponerlos gráfica o literariamente. Junto al mundo de los formatos normalizados, aparece la responsabilidad de la parte contratante profesional de ofrecer al cliente el producto más acorde con sus necesidades. Se trata de un paso más adelante en la asimetría informativa que caracteriza la relación entre el cliente de servicios financieros y los productos que el mercado ofrece, en la que el profesional, mediador o creador de los productos, se obliga a unos procesos de diseño y oferta del producto a los que requieren por su perfil

determinadas coberturas. Como una derivación de esta necesidad de satisfacer al cliente, todo un ordenamiento sobre los productos de seguros más próximos a los productos de inversión se despliega en busca de la mejor comprensión y adecuación a los mismos por parte de sus destinatarios.

No debemos, finalmente, renunciar a una visión crítica sobre la normativa por venir. Uno de los principios fundamentales de la legislación financiera es la eficacia, entendiendo como tal la consecución de unos determinados objetivos con los menores costes posibles. Resulta evidente que las reglas imponen obligaciones generadoras de costes para los operadores en el mercado. La multiplicidad de productos de seguros y de perfiles de clientes hace necesario plantearse si el carácter general que toda norma legal supone resulta necesario. Si la norma utiliza como base o justificación el producto más difícil de comprender y el cliente más desinformado no parece adecuado generalizar la misma a todo tipo de productos o clientes. El principio de proporcionalidad suele ser el mecanismo jurídico al que la normativa comunitaria apela para garantizar la racionalidad de sus propuestas. Tal principio suele descansar en cuanto a su aplicación, en los reguladores locales. Por ello, resultará de gran importancia la adaptación que estos reguladores hagan de estas normas en consideración a las características de sus mercados y sin merma de la defensa de los intereses de los clientes.

Será, pues, el objeto de este trabajo exponer cómo el proceso precontractual ha devenido en una parte esencial del mecanismo que forma el contrato de seguro.

3. CONCLUSIONES

1. Sobre la base de un marco normativo sobre el contrato de seguro definido por la Ley 50/1980, fundamentado en la protección del asegurado como parte débil del contrato, y que recoge la experiencia de la labor administrativa de control sobre los contratos durante todo el siglo XX irrumpen la legislación comunitaria que trata de crear un Mercado Único de servicios financieros para que existan unas normas que aseguren la competitividad. Dentro de estos elementos del mercado la defensa del consumidor persigue la doble finalidad de abordar la asimetría informativa derivada de estas relaciones jurídicas y homogeneizar el nivel de protección con vistas a la competencia efectiva.
2. La evolución de la normativa sobre servicios financieros en la Unión Europea tendrá varias fases para manifestarse recientemente en dos normas que afectan a la comercialización de los seguros: la Directiva de Distribución y el Reglamento PRIIPs. En ambas normas se aprecia la influencia del marco definido por las Directivas MIFID.
3. La Ley de Contrato de Seguro define un conjunto de instrumentos de defensa del asegurado y las Directivas comunitarias sobre la supervisión de seguros

introducirá normas sobre información al tomador de seguros tanto para los seguros de Vida como de No Vida.

4. La aparición de las normas que configuran el Derecho de conducta implica la existencia de unos estándares de diligencia que afectan a las entidades aseguradoras en su función de distribuidores de seguros, además de a los mediadores tradicionales.
5. Consecuencia de ello, el proceso precontractual se vuelve más complejo e introduce nuevas obligaciones, que deben coexistir con los procesos que la Ley de Contrato de Seguro define a la hora de describir la formación del contrato.
6. Cómo este nuevo Derecho va a incidir en el marco propio de Derecho Privado del contrato, la Ley de Contrato de Seguro, es una materia que debe ser analizada.

CAPÍTULO SEGUNDO. LA TUTELA DEL ASEGURADO COMO EJE DEL DERECHO DEL CONTRATO DE SEGURO: TÉCNICAS DE DEFENSA DEL ASEGURADO EN LA LEY DE CONTRATO DE SEGURO Y EN LA NORMATIVA DE SUPERVISIÓN⁴²

Ya hemos descrito en el capítulo anterior la génesis y fundamento de la promulgación de la Ley de Contrato de seguro, que fija mecanismos para la tutela del asegurado, parte considerada débil o vulnerable en la relación jurídica derivada del contrato de seguro.

La doctrina ha puesto de manifiesto en repetidas ocasiones cómo la defensa del asegurado en el derecho español se caracteriza por las normas que, pretendiendo los mismos efectos protectores, se enmarcan en ámbitos normativos diferentes⁴³. La opción que eligió el

⁴² E. CABALLERO expone todas las técnicas que tanto desde la perspectiva del contrato (Derechos básicos del asegurado, condiciones generales de la contratación, cláusulas abusivas, lesivas y limitativas) como desde la normativa de ordenación (derecho de información, publicidad, defensor del cliente de seguros, supuestos de insolvencia de la entidad aseguradora). *Vid. CABALLERO SÁNCHEZ, E. -, El consumidor de seguros: protección y defensa*, MAPFRE, Madrid, 1997. pp. 45-173

⁴³ *Vid. PEÑAS MOYANO, M.J.*, “La protección del asegurado en la LOSSP”, en BATALLER GRAU J., VEIGA COPO A. (dir.) *La protección del cliente en el mercado asegurador* Thomson Reuters-Civitas, Madrid, 2014, pp. 310-349; también en: “Relaciones entre la normativa contractual y de supervisión para la protección del asegurado: El deber de información previa al tomador del seguro”, en

legislador español fue separar el ámbito del derecho público de seguros del propio del Derecho Privado, el cual se manifiesta a través de la LCS⁴⁴ por un lado, y por otro, por la Ley 33/1984, de 2 de agosto, sobre ordenación del seguro privado, la cual será sustituida por las sucesivas leyes de supervisión.

El término “protección” es el eje de esta normativa, y da una mejor idea de lo que persigue el regulador, dado que defensa tiene un matiz más “a posteriori”⁴⁵. Con la vista puesta en una posible modificación de la ley de Contrato de Seguro, se llevó a cabo un estudio empírico sobre las técnicas de protección a partir de opiniones de expertos⁴⁶. Con arreglo a esas opiniones, se deducen lo siguiente:

- Se resalta como el mejor protector del asegurado al órgano administrativo que ejerce la supervisión (Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones);
- La opinión de los académicos tiende a lo negativo en cuanto a la protección del asegurado que se obtiene del régimen legal vigente, a la vez que propugnan cambios en la LCS.

CUÑAT EDO, V., BATALLER GRAU, J. (dir.), BENITO OSMA, F. OLAVARRÍA IGLESIAS M.T. VERCHER MOLL F.J., (coord.), *Supervisión en seguros privados: Hacia solvencia II. Actas del Congreso de Ordenación y Supervisión en Seguros Privados*. Valencia, 15 y 16 de septiembre de 2011, 2013, pp. 669-695.

⁴⁴ El profesor E. VERDERA recuerda en su trabajo sobre “La Ley de contrato de seguro: encuadramiento constitucional y directrices básicas”, que “... a partir de 1972 se elaboró [...] una Ley general sobre el seguro privado... que incluía un título de 38 artículos, destinado a la “contratación”. La idea fue después abandonada y la reforma de la legislación de control y la del contrato de seguro siguieron cauces y tiempos diversos...”. Se refiere al extinguido Tribunal Arbitral de Seguros dictaba resoluciones dirigidas a la protección del asegurado y otras disposiciones administrativas, así como la Resolución del Consejo de Europa de 16 de noviembre de 1976 sobre condiciones generales de la contratación y su afinidad con la ley alemana de 9 de diciembre del mismo año. Asimismo, añade, “con ello el Derecho Mercantil español asume de manera decidida la protección de este nuevo protagonista que es el consumidor, personalizado en el asegurado, considerado la parte más débil de la relación contractual”. VERDERA TUELLS, E., “La Ley de Contrato de Seguro: encuadramiento constitucional y directrices básicas”, en VERDERA TUELLS, E., *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, vol. I, Colegio Universitario de Estudios Financieros, Consejo Superior Bancario, Madrid, 1982, pp. 29 y ss.

⁴⁵ J.F. DUQUE DOMÍNGUEZ enumera una serie de manifestaciones de dicha protección: Como elemento de la interpretación del contrato (artículo 1288 del Código Civil); A través del Derecho de supervisión prudencial; Interpretación del artículo 10 (“Deber de declaración del riesgo”) favorable al asegurado; Jurisprudencia sobre cláusulas limitativas y otros criterios jurisprudenciales. DUQUE DOMÍNGUEZ, J.F., “La protección del asegurado en la relación aseguradora”, *Cuadernos de derecho judicial*, núm. 19, 1996, pp. 245 y ss.

⁴⁶ Vid. SEGUÍ MAS, E., BATALLER GRAU, J. y VERCHER MOLL, F.J., “Los métodos de resolución de conflictos en el contrato de seguro: un estudio Delphi en el marco de la Unión Europea”, en BATALLER GRAU, J., PEÑAS MOYANO, M.J. (dir.), *Un derecho del seguro más social y transparente*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 297 y ss.

- La vía judicial como forma de resolución de conflictos no obtiene una gran estimación: o bien no se pronuncian, o bien se resalta la imprevisibilidad de los pronunciamientos judiciales, con arreglo a lo manifestado por los aseguradores;
- Los expertos jurídicos ponen de manifiesto cómo las exclusiones llevan al “vaciamiento” de la cobertura, a lo que se añade las dificultades en la comprensión de las cláusulas de los contratos⁴⁷;
- Por último, se reseñan las causas principales que fundamentan las reclamaciones de los asegurados: falta de cobertura, cuantificación de la indemnización, tramitación del siniestro, pago de la prima, declaración del riesgo y duración del contrato.

A la vista de estos resultados puede deducirse que la defensa basada en la interpretación de las normas por los Tribunales carece de un respaldo suficiente, por lo que parece ser el resultado de una doctrina jurisprudencial errática, basada en una serie de normas que abren la posibilidad de interpretaciones diferentes, junto a la demora en obtener la tutela judicial necesaria. La preferencia por sistemas públicos de tutela (autoridad de supervisión) se corresponde con la actitud proactiva del supervisor europeo de seguros (EIOPA) en el estudio del mercado como laboratorio en el que detectar los fallos de tutela. En otro capítulo de este trabajo se abordan los poderes de los supervisores en ese marco comunitario y los que la normativa prudencial (quizá sea mejor hablar ya de normativa de conducta) prevé para estos.

Además, la recopilación de las causas que fundamentan las reclamaciones de los asegurados confirma la importancia de la transparencia material como eje para obtener una adhesión del asegurado al condicionado del contrato que le permita tener un conocimiento y comprensión efectivas de su posición en este.

Pasamos a describir los medios de tutela del asegurado que la normativa previa a la Directiva de Distribución de Seguros y al Reglamento sobre PRIIPs contemplaba y contempla, en la medida en que mantiene su vigencia.

1. LEY DEL CONTRATO DE SEGURO

La motivación principal de la Ley de Contrato de Seguro es proteger al asegurado frente al contrato, a diferencia de la finalidad de la normativa prudencial, que lo defiende la insolvencia de la entidad aseguradora, sin diferenciar si se trata de un consumidor o no, por lo que, en consecuencia, se defendería al sector asegurador, trascendiendo de la mera protección al cliente o adherente⁴⁸. Esa finalidad podría justificar el hecho de que no se

⁴⁷ En otros apartados de este trabajo se exponen las iniciativas de EIOPA sobre las exclusiones y el control de transparencia material como medio de hacer frente a la real comprensión y adecuación de la cobertura buscada por el asegurado.

⁴⁸ La LCS sustituye a la protección administrativa que comenzó con el Reglamento de 1912. Entiende que la LCS tiene no sólo la finalidad de defender al asegurado, sino también la confianza en el sistema

configurara como una Ley de defensa del consumidor de seguros⁴⁹. No obstante, las normas comunitarias que desarrollarán los derechos del consumidor de seguros se encastrarán en el sistema de tutela de la normativa española, a la que se unirá la protección que surge de la regulación sobre condiciones generales de la contratación como marco de referencia para los contratos sometidos a ellas. A título de ejemplo, la Ley 29/2009, de 30 de diciembre⁵⁰, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios y que traspone al ordenamiento español la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior⁵¹, modifica el artículo 31 de la Ley de Competencia Desleal y, al regular “*Otras prácticas agresivas*” establece: “*Se considera desleal por agresivo*”:

1. Exigir al consumidor o usuario, ya sea tomador, beneficiario o tercero perjudicado, que desee reclamar una indemnización al amparo de un contrato de seguro, la presentación de documentos que no sean razonablemente necesarios para determinar la

financiero, con una finalidad de interés público, al tratar de establecer un equilibrio entre las posiciones del asegurador y del asegurado, que queda explicitado al regular los deberes del asegurado, como el de declaración del riesgo. Esta confianza puede decaer si la interpretación perjudica sistemáticamente al asegurado. Destaca cómo la complejidad inherente al contrato obliga a fijar como imperativas las normas que regulan aspectos muy técnicos, como la aplicación del principio indemnizatorio. CALZADA CONDE, M.A., “La protección del asegurado en la ley de contrato de seguro”, en BATALLER GRAU, J., VEIGA COPO, A.B. (dir.), *La protección del cliente en el mercado asegurador*, Thomson Reuters-Civitas, Madrid, 2014, pp. 107 y ss.

⁴⁹ Así lo defiende M.A. CALZADA cuando afirma que “*la exclusión de los grandes riesgos no convierte a la LCS en una ley de defensa del consumidor de seguros*”. CALZADA CONDE, M.A., “La protección del asegurado en la ley de contrato de seguro”, *op. cit.*, pp. 107 y ss. En el mismo sentido, F.J. TIRADO menciona cómo la reforma de la LCS de 1990, que introduce los grandes riesgos, “no incluyó la referencia a los consumidores”. Asimismo, el artículo 2.1 de la Ley 34/2003 de modificación y adaptación a la normativa comunitaria de la legislación de seguros privados (BOE núm. 265, de 5 de noviembre de 2003) introduce una mención a “*una persona física que actúe con un propósito ajeno a una actividad comercial o profesional propia*” en el nuevo artículo 6 bis, el cual será derogado por la Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores. *Vid.* TIRADO SUÁREZ, F.J., “La aplicación de la Ley General de Protección de Consumidores y Usuarios al Contrato de Seguro”, en BATALLER GRAU, J., VEIGA COPO, A.B. (dir.), *La protección del cliente en el mercado asegurador*, Thomson Reuters-Civitas, Madrid, 2014, pp. 187 y ss.

⁵⁰ BOE núm. 315, de 31 de diciembre de 2009.

⁵¹ DIRECTIVA 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) no 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo (Directiva sobre las prácticas comerciales desleales). Diario Oficial de la Unión Europea, de 11 de junio de 2005, L 149/22.

existencia del siniestro y, en su caso, el importe de los daños que resulten del mismo o dejar sistemáticamente sin responder la correspondencia al respecto, con el fin de disuadirlo de ejercer sus derechos”.

Con ello, la Ley incluye al contrato de seguro en la categoría de “contratos de consumo” y extiende el nivel de protección que la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios a todas las partes de las que nacen derechos por razón del contrato de seguro y que se entendería que son acreedores de una especial protección como consumidores. **Asimismo, abre la vía de protección del asegurado y demás a través de la defensa de la competencia leal en el mercado**⁵².

La Ley 50/1980, de Contrato de Seguro no regula de forma directa o expresa el contenido de la información precontractual a facilitar a los asegurados o tomadores. En contraste, se dirige a la regulación del contenido del contrato y de las cláusulas que lo forman, haciendo de las condiciones generales del contrato el eje de la regulación, sobre la base de la imperatividad de las normas que regulan derechos mínimos e irrenunciables del asegurado⁵³. Así, el debatido artículo 3⁵⁴, cuya problemática interpretativa desarrollaremos al tratar las condiciones generales del contrato de seguro, se configura

⁵² *Vid. TIRADO SUÁREZ, F.J., “La aplicación de la Ley General de Protección de Consumidores y Usuarios al Contrato de Seguro”, op. cit. pp. 187 y ss.*

⁵³ A. MENÉNDEZ hace ver como “...la imperatividad prevista en el artículo 2 rompe con la tradición dispositiva del Código de Comercio, teniendo su base en la ley alemana de 1908 y en el derecho norteamericano, que hablaba de “pólizas de adopción obligatoria” en algunos ramos, cláusulas de inserción forzosa en el contrato y de cláusulas prohibidas. El contrato de seguro basado en la autonomía de la voluntad ha hecho que prevalezca el interés de las grandes compañías en detrimento de los asegurados. El modelo económico de la Constitución, y necesidades instrumentales, permiten dar al Derecho dispositivo una función directiva, junto con unos límites, de Derecho público (control de las condiciones generales) y de Derecho privado (imperatividad)...La mención a las cláusulas más beneficiosas para el asegurado que hace el artículo 2 abre el abanico de la idea alemana de cláusulas semiimperativas o auténticas imperativas. La doctrina francesa habla del “ordre public économique”. MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., “Preliminar. Artículos 1 a 4”, en VERDERA TUELLS, E. (dir.) *Comentarios a la Ley de Contrato de seguro*, v. I., Colegio Universitario de Estudios Financieros, CUNEF, Consejo Superior Bancario, Madrid, 1982, pp. 81 y ss.

⁵⁴ *Vid. Artículo 3 Ley 50/1980, de Contrato de Seguro: “Las condiciones generales, que en ningún caso podrán tener carácter lesivo para los asegurados, habrán de incluirse por el asegurador en la proposición de seguro si la hubiere y necesariamente en la póliza de contrato o en un documento complementario, que se suscribirá por el asegurado y al que se entregará copia del mismo. Las condiciones generales y particulares se redactarán de forma clara y precisa. Se destacarán de modo especial las cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados, que deberán ser específicamente aceptadas por escrito. Las condiciones generales del contrato estarán sujetas a la vigilancia de la Administración Pública en los términos previstos por la Ley. Declarada por el Tribunal Supremo la nulidad de alguna de las cláusulas de las condiciones generales de un contrato la Administración pública competente obligará a los aseguradores a modificar las cláusulas idénticas contenidas en sus pólizas”.*

como el exponente de la preocupación del legislador del 80 sobre la “presentación” del contrato en el ámbito formal, adelantando nociones de normativas posteriores:

- La incorporación de las cláusulas al contrato, que deberán cumplir los requisitos de claridad y precisión;
- La distinción entre cláusulas generales y particulares; y
- La existencia de cláusulas lesivas frente a las limitativas de derechos, que obligan, en el caso de estas últimas, a respetar unos requisitos de apariencia y de admisión expresa por el contratante.

La imperatividad de las normas como forma de protección del asegurado se mantiene como técnica de protección en el Anteproyecto de Ley del Código Mercantil, que en su artículo 581-2 (“*Régimen aplicable a las distintas modalidades del contrato de seguro*”) dice:

...b) Tendrán carácter imperativo, a no ser que en ellas se disponga otra cosa; no obstante serán válidas las cláusulas contractuales que sean más beneficiosas para el asegurado; c) Tendrán carácter dispositivo respecto de los contratos de seguro de grandes riesgos y d) los contratos de reaseguro. A estos efectos, se considerarán contratos de grandes riesgos los así calificados por la normativa especial aplicable...”.

Los seguros de grandes riesgos es una categoría nacida de las Segundas Directivas comunitarias sobre seguros No Vida que se utiliza para diferenciar los “seguros de consumo” de aquellos que no están dirigidos a satisfacer las necesidades de los consumidores, y que no requieren especial protección de los asegurados o tomadores.

Prescindimos de la referencia al control doble (por la Administración y por los Tribunales) que el precepto menciona y recordamos la gran producción jurisprudencial que ha generado dicho artículo 3, basada sobre todo en la diferencia entre cláusulas generales y particulares y entre lesivas y limitativas de derechos, sin olvidar la importancia de las cláusulas delimitadoras del riesgo como la base que define el compromiso contractual del asegurado, es decir, la cobertura.

Debe señalarse que toda la doctrina que los tribunales y los autores han desarrollado sobre estos temas habrá de tenerse en cuenta al abordar este nuevo “Derecho de la información precontractual” en plena expansión, puesto que el objeto de esta lo constituye el material que pasará a formar parte del contrato definitivo, tanto en apariencia externa, denominación (tipos de cláusulas), como en lo referente al contenido. Con ello nos referimos al necesario contraste que deberá hacerse entre los documentos y prácticas que pasarán a constituir la fase precontractual y los que se incluyen en el proceso de “documentación del contrato” contemplado en la normativa mercantil sobre contrato de seguro.

1.1. Solicitud y proposición de seguro

En desarrollo de lo apuntado, y a título de ejemplo, debemos recordar que la Sección 2^a del Título I (artículos 5 a 13) se dedica, entre otros temas, a regular la documentación del contrato de seguro. Sin entrar en la póliza como documento del contrato, la Ley regula en su artículo 6 la solicitud y la proposición, documentos que existen y despliegan sus efectos en la fase precontractual, y que influirán también en el desarrollo posterior. La distinta naturaleza de cada uno la define el hecho de que la solicitud se formula a iniciativa del futuro tomador, mientras que la proposición se ha identificado como una verdadera oferta de contrato que vincula al asegurador durante quince días. Ninguno de estos dos documentos es obligatorio en la génesis de cualquier contrato de seguro, ya que el propio artículo 3 menciona a la proposición de seguro como una eventualidad. En el supuesto de que existiera, el propio artículo 3 obliga a que contenga las condiciones generales del contrato.

Por último, el artículo 5, al regular la obligación de entrega de la póliza, hace referencia a un denominado “documento de cobertura provisional”, que puede ser incompleto, en el sentido de no contener las condiciones, generales y particulares del contrato, y siempre provisional, dado que con él no se cumple el deber de documentar el contrato.

De todo lo visto, el sistema que la Ley de Contrato de Seguro define para la fase precontractual presenta como rasgo su carácter no obligatorio, dado que no regula ese período con carácter vinculante. No obstante, aborda los efectos en el caso de que estos documentos existieran a efectos de:

- Dar garantías al tomador para que el compromiso previo del asegurador, contenido en la proposición de seguro sea vinculante y contenga los elementos esenciales de la futura relación contractual;
- Reafirmar la necesidad de la póliza como genuino y único documento contractual;
- Enviar un mensaje de cómo las relaciones que regula la Ley pueden romper el equilibrio entre las partes, al afirmar el carácter vinculante de la proposición frente a la solicitud frente a la cual el futuro tomador no queda obligado, que queda completado con sistema de control sobre las condiciones generales⁵⁵; y
- La proposición de seguro, y la fuerza negocial que se le da, en favor del asegurado, anticiparía lo que las normas españolas y comunitarias sobre servicios financieros han intentado conseguir a través de la oferta motivada.

⁵⁵ Para E. VERDERA “(...) la efectividad del consentimiento se garantiza a través de disciplinar la propia conclusión del contrato”. Este proceso se complementaría con las normas que se dirigen “a la determinación de las cláusulas admitidas o prohibidas, operando en el plano de la fiscalización del contenido negocial”. VERDERA TUELLS, E., “La Ley de Contrato de Seguro: encuadramiento constitucional y directrices básicas”, *op. cit.*, pp. 29 y ss.

En esta fase de formación del contrato, también la LCS regula un deber del tomador, como es el de declaración del riesgo, el cual se integrará en la proposición que realice. De este modo el legislador equilibra la posición de asegurador y tomador, estableciendo un deber de información al primero que, aunque precontractual, desplegará sus efectos a lo largo de toda la vida del contrato⁵⁶

De este modo, la normativa mercantil sobre el contrato de seguro renuncia a la regulación del período precontractual como el que permite la formación de la voluntad del contratante, remitiéndose implícitamente a las normas generales de los contratos sobre consentimiento y posibles vicios que pudieran afectarlo, basado en la lógica negocial de que cada contrato es único y así el consentimiento prestado⁵⁷.

1.2. El Anteproyecto de Ley sobre el Código Mercantil (aprobado por el Consejo de Ministros de 30 de mayo de 2014)⁵⁸

El artículo 581-6 (*Solicitud y proposición de seguro*), en su párrafo 2 intenta conciliar el ya tradicional régimen de la proposición de seguro con el marco que define el Derecho de transparencia y protección de la clientela cuando dice “...*La proposición incluirá, en cualquier soporte duradero, la información previa a que se refiere la normativa especial de seguros privados relativa a la protección del asegurado, así como las condiciones contractuales...*”.

Vemos, pues, un intento de integrar el régimen legal del contrato de seguro y la normativa de transparencia a través de la ubicación de todas las obligaciones de información en la proposición de seguro, documento que de esta forma pasa a ser obligatorio si las normas de transparencia lo contemplan. De este modo, todas las exigencias de información procedentes del derecho especial de seguros deben contenerse en la proposición y someterse al régimen de esta.

⁵⁶ *Vid. SALINAS ADELANTADO, C., LATORRE CHINER, N. “Conclusión, documentación del contrato y deber de declaración de riesgo”, en BOQUERA MATARREDONA J., BATALLER GRAU, J. y OLAVARRÍA IGLESIAS, J. (coord.), *Comentarios a la ley de contrato de seguro*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 91 y ss.*

⁵⁷ *Vid. SÁNCHEZ CALERO, F., “Conclusión, documentación del contrato y deber de declaración del riesgo”, en SÁNCHEZ CALERO, F. (dir.), TIRADO SUÁREZ, J., JAVIER TAPIA HERMIDA, A. y FERNÁNDEZ ROZAS J.C. (coord.), *Ley de Contrato de seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre y sus modificaciones*”, Aranzadi, Pamplona, 2^a edición. 2001, pp. 149-162.*

⁵⁸ *Propuesta de la Sección Segunda, de Derecho Mercantil del anteproyecto de ley del Código mercantil tras el Dictamen del Consejo de Estado* (marzo, 2018) puede consultarse en: https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/1292430803661-Propuesta_de_la_Section_Segunda_de_Derecho_Mercantil_del_Anteproyecto_de_Ley_de_Codigo_Mercantil_.PDF

En primer lugar, esa proposición, y los términos en los que se formula, vinculan al asegurador durante quince días, como establece el 581-6, párrafo 2 en su comienzo (“*La proposición de seguro por el asegurador vinculará al proponente durante un plazo de quince días e incluirá todas las condiciones contractuales...*”). Tal afirmación puede entrar en conflicto con la citada normativa especial, en la mayor parte de las ocasiones basada en normativa comunitaria que fija derechos mínimos a los clientes o consumidores, por lo que esa vinculación puede extenderse más tiempo, prevaleciendo la normativa especial.

Igualmente, debe recordarse que la normativa de transparencia contempla distintas formas de manifestación de la propuesta, que puede proceder de documentos de carácter genérico (*nos remitimos a los documentos KID e IPID a desarrollar más adelante*), o de asesoramiento personalizado, o meramente de publicidad, la cual debería en cierta medida integrarse en lo que formaría la proposición de seguro.

Con relación al contenido, el Anteproyecto pretende ser exhaustivo, eliminando la distinción que hacía la Ley del 80, al mencionar sólo las condiciones generales y no las particulares o de otro tipo, y renunciando a diferenciar el contenido que exigen esas normas y los que la propia normativa de contrato de seguro contempla que debe contener la póliza. Así, se diferencian dos tipos de información dentro de la proposición de seguro: la exigida por la normativa especial (de transparencia) y las “condiciones contractuales”, debiéndose entender por tales tanto las generales como las particulares y las “especiales”, a tenor de lo que el propio artículo 581-3, primer párrafo del Anteproyecto dice.

Por último, el Anteproyecto consolida el régimen de la proposición de seguro, dado que reproduce en su artículo 581-8.3 el principio que la Ley del 80 hace figurar en su artículo 8, último párrafo según el cual las divergencias entre el contenido de la proposición y el de la póliza se deben resolver prevaleciendo lo establecido en la primera, con derecho del asegurado a reclamar la modificación en el sentido indicado.

Validez del contenido de la proposición de seguro. - Abundando en lo anterior, y poniendo en relación el artículo 3 y los artículos 5 y 8, el régimen de la Ley del 80 entiende que la proposición de seguro contiene las condiciones generales, debiéndose deducir que es un contenido mínimo, y que cualquier otro pacto o condición, dado el carácter de oferta de contrato que asiste a la proposición, debiera constar en la póliza como compromiso definitivo que es. Igualmente resulta del régimen previsto en el Anteproyecto de Código Mercantil, si bien este último es más claro cuando obliga a incluir en dicha proposición todas las condiciones contractuales, sin diferenciar entre generales, particulares o de otro tipo (artículo 581-6.2).

Proposición de seguro y deber de información. - Posteriormente a la Ley del 80, las directivas comunitarias denominadas como “Terceras” directivas en materia de seguros (Directiva 92/49/CEE para seguros distintos a los de vida, y Directiva 92/96 para seguros

de vida⁵⁹) introducen el deber del asegurador de informar sobre ciertos aspectos del seguro a contratar con carácter previo a la contratación. En este punto nos interesamos sobre su inclusión o no en la proposición de seguro.

Régimen de la Ley del 80.- La Ley de Contrato de seguro no experimenta ninguna modificación a raíz de la entrada en vigor de estas Directivas y de su inclusión en la Ley de Ordenación de Seguros Privados de 1995 y en su Reglamento de desarrollo⁶⁰. En consecuencia, persiste el carácter eventual, no obligatorio, de la proposición de seguro, naciendo un régimen paralelo en torno al deber de información, que obliga al asegurador a presentar al asegurado, con carácter previo al contrato. El contenido de este deber de información va a variar sustancialmente según se trate de un seguro distinto del de vida o uno de vida, de forma que en este último se incluyen elementos que entrarían a formar parte de las condiciones generales y particulares del contrato, al definir las principales obligaciones que asumen las partes. En los seguros distintos al de vida, se proporciona una información que podíamos denominar “de mercado” (legislación aplicable, reclamaciones, Estado Miembro de origen...).

De lo anterior resultaría que en el caso de los seguros de vida la normativa de transparencia impondría en la práctica la existencia de una “proposición” de seguro, cuyo régimen jurídico no se regula suficientemente en cuanto a su encaje en el proceso prenegocial. Nada se dice sobre las consecuencias del no cumplimiento, o cumplimiento gravemente defectuoso, de ese deber ni si se aplican los preceptos previstos para la proposición de seguro, como puede ser el período de vigencia de la misma o la necesaria correspondencia entre lo ofrecido y el contenido de la póliza definitiva.

Acerca del incumplimiento de dicho deber, la doctrina⁶¹ se pronuncia por no considerarla como causa de nulidad por sí, debiéndose estar a la aplicación de las normas generales sobre prestación del consentimiento y concurrencia de error invalidante del mismo, conforme interpretación de la jurisprudencia.

Anteproyecto del Código Mercantil. - Como ya hemos visto, el Anteproyecto resuelve el tema obligando a que toda la información exigida por la normativa de transparencia se

⁵⁹ DIRECTIVA 92/96/CEE del Consejo, de 10 de noviembre de 1992, sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al seguro directo de vida, y por la que se modifican las Directivas 79/267/CEE y 90/619/CEE (tercera Directiva de seguros de vida) [Disposición derogada]. Diario Oficial de las Comunidades Europeas, núm. 360, de 9 de diciembre de 1992.

⁶⁰ *Vid.* Artículo 60 de la Ley 30/1995, de ordenación y supervisión de los seguros privados (BOE núm. 268, de 9 de noviembre de 1995) y artículos 104 a 105 bis del Reglamento de ordenación y supervisión de los seguros privados, aprobado por Real Decreto 2486/1998, de 20 de noviembre. BOE núm. 268, de 9 de noviembre de 1995.

⁶¹ *Vid.* SÁNCHEZ CALERO, F., “Conclusión, documentación del contrato y deber de declaración del riesgo”, *op. cit.*, p. 152.

incluya en la proposición de seguro “así como las condiciones contractuales”. En la práctica será difícil diferenciar entre lo que exige la Ley de contrato y lo que obliga a incorporar la normativa de transparencia, dándose duplicidades, es decir, extremos que piden tanto la normativa de contrato y la de transparencia. Pero, en todo caso, integra esta información en el marco de la normativa sobre contrato de seguro, procediendo a las correcciones necesarias. Una de ellas se contiene en la nueva formulación del antiguo artículo 3 de la Ley de Contrato de seguro (ahora 581-3), ya que no se hace mención al carácter eventual, no obligatorio, de la proposición de seguro, como en aquel se decía. En consecuencia, parece admitir el carácter necesario de la proposición de seguro, ya que si existen normas de transparencia que obligan al asegurador a suministrar cierta información, la proposición las recogerá. Queda pendiente, como ya se ha manifestado, el tema de la vigencia de la proposición (15 días), el cual puede entrar en conflicto con lo establecido en las normas de transparencia⁶².

2. NORMATIVA DE SUPERVISIÓN PRUDENCIAL

La normativa denominada “prudencial” persigue la protección del asegurado o tomador a través de garantizar la estabilidad de la empresa aseguradora, tanto a corto plazo (la capacidad del hacer frente a las obligaciones derivadas de la cartera en vigor), como a largo plazo (en el mismo sentido, sólo que para las obligaciones que surjan de las renovaciones de la cartera y de los futuros contratos)⁶³. Como veremos a continuación, consecuencia de las Directivas comunitarias sobre seguros, la normativa española de supervisión incluye deberes de información, tanto en las leyes generales de supervisión y ordenación como en la normativa de segundo nivel, dirigida a productos específicos. La posición de la Comisión Europea, a través de las propuestas normativas derivadas de la Estrategia de Inversión Minorista (ver Capítulo 13 de este trabajo), en su misión de simplificar el volumen de información a suministrar al tomador, consiste en concentrar en las normas de conducta (como norma fundamental la Directiva de Distribución de Seguros) los deberes de suministro de información.

La ley 30/95, de ordenación y supervisión del seguro privado recogía en su artículo 60 el deber de información al tomador como elemento esencial de la protección al asegurado⁶⁴,

⁶² La Ley de contrato de seguro alemana (*Gesetz zur Reform des Versicherungsvertragsrechts*), de 23 de noviembre de 2007, (Bundesgesetzblatt 2007, Teil I núm. 59,) prevé en el parágrafo 7 sobre la Información a suministrar a los tomadores (§ 7 Information des Versicherungsnehmers) que sea la normativa del Ministerio de Justicia la que concrete la información que debe suministrarse al tomador del seguro.

⁶³ *Vid.* MARTORELL ZULUETA, P., “La protección del asegurado desde la perspectiva prudencial”, *op. cit.*, pp. 643 y ss.

⁶⁴ Así, *vid.* PEÑAS MOYANO, M.J., “Relaciones entre la normativa contractual y de supervisión para la protección del asegurado: el deber de información previa al tomador de seguro”, en CUÑAT EDO V., BATALLER GRAU, J. (dir.), *Supervisión de seguros privados: hacia Solvencia II. Actas del Congreso*

el cual es desarrollado en el Reglamento de 1998⁶⁵ de forma diferente para los seguros distintos al de vida (artículo 104: “Deber general de información al tomador”) que para los seguros de vida (artículo 105: Deber particular de información en el caso de los seguros sobre la vida”). Nos encontramos, pues, con una relación de puntos que recogen la información que ha de facilitarse al asegurado con carácter previo a la contratación. Así, esta información no figura en el articulado de la LCS, por lo que debe entenderse que habrá que integrarse en la proposición de seguro que realiza el asegurador.

Merece la pena reseñar que en abril de 2011 el Ministerio de Justicia elaboró un Anteproyecto de Ley de Contrato de Seguro⁶⁶ en el que se establecía que la información previa al contrato a facilitar al asegurado sería la que figuraba en un Anexo de la Ley, la cual coincidía con la que la normativa prudencial había hasta entonces fijado. Además, se delegaba en el Gobierno el poder de actualizar esa información, previo informe de los Ministerios de Justicia y de Economía y Hacienda⁶⁷. De esa manera se conseguía evitar esa doble disciplina, prudencial y privada, que, al regular el proceso precontractual, incidía sustancialmente en la formación del contrato de seguro. Al no aprobarse dicho Anteproyecto⁶⁸, se mantuvo, ya con la Directiva “Solvencia II” (Directiva 2009/138/CE) el régimen de separación. El nuevo marco creado principalmente por la Directiva IDD haría más compleja la regulación de este proceso precontractual en una nueva Ley de Contrato de Seguro, al incluirse otros instrumentos (diseño y gobierno de productos, asesoramiento, idoneidad) que afectan a la posición del asegurado en el contrato.

El Derecho comunitario como inspirador. - Con ello no se hace sino recoger el distinto enfoque que las denominadas “Terceras” Directivas de la Unión Europea fijan según se

de Ordenación y Supervisión en seguros privados. Valencia, 15 y 16 de septiembre de 2011”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 669 y ss.

⁶⁵ Real Decreto 2486/1998, de 20 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 282, de 25/11/1998.

⁶⁶ *Vid. Artículo 8 Anteproyecto de Ley de Contrato de Seguro 8 de abril de 2011 (Ministerio de Justicia, Ministerio de Economía y Hacienda) que, sobre la Información previa al contrato de seguro, establecía: 1. Con carácter previo a la contratación, el asegurador deberá entregar al tomador de seguro la información previa contenida en el anexo de esta ley, que deberá estar redactada de forma clara y precisa. 2. El Gobierno, a propuesta de los Ministros de Justicia y de Economía y Hacienda, podrá actualizar los requerimientos de información previa del citado anexo*”.

⁶⁷ El artículo 4.3 de la Lei do Contrato de Seguro portuguesa de 16 de abril de 2008 (Decreto-Lei núm. 72/2008) contempla este régimen cuando establece. “...2.- As autoridades de supervisao competentes podem fixar, por regulamento, regras quanto ao soporte das informaçoes a prestar ao tomador do seguro...”

⁶⁸ *Vid. BATALLER GRAU J., “La reforma de la Ley de Contrato de Seguro”, Revista de Derecho Mercantil, núm. 279, 2011, pp. 203 y ss.*

trate de un grupo u otro de seguros. Frente a unas limitadas exigencias de información en el caso de no vida, según la Directiva 92/49/CEE, referidas a la necesidad de informar sobre la ley aplicable y los sistemas de reclamaciones al asegurado persona física, la Directiva 92/90/CEE sobre el seguro de vida establece una más pormenorizada obligación de información al consumidor. Conviene mencionar el Considerando (3) de dicha Directiva por cuanto justifica esa exigencia de armonización mínima en la información a facilitar como aplicación de la existencia de un mercado único de seguros en el que, para un funcionamiento eficiente del mismo, el consumidor debe poseer una información relevante que le permita elegir el producto que sea más conforme a sus necesidades. La condición de que esa información debe ser clara y precisa recoge toda una corriente en el derecho de protección al consumidor comunitario y nacional, así como el contenido de esa información que, con carácter general, deberá incluir las características esenciales de los productos. Debe destacarse cómo el derecho comunitario justifica la necesidad de estas informaciones mínimas como una manera de fomentar o consolidar el mercado único de seguros, en el que las decisiones de los operadores deben basarse en un conocimiento armonizado de la oferta de las empresas de seguros, a la vez que garantiza una competencia leal entre los aseguradores. Asimismo, se identifica como destinatario de la información al consumidor, si bien en la Directiva (artículo 31) se habla de “tomador” en general.

El siguiente paso relevante en la evolución de la normativa comunitaria lo representa la Directiva 2009/138/CE (Directiva “Solvencia II”), que en lo relativo a la información a suministrar a los tomadores refleja su carácter de “Directiva codificada”, por lo que no supone una novedad en este tema. Y no la supone porque esta Directiva es principalmente una norma prudencial, por lo que la defensa del asegurado que asume como fundamento se refiere a la protección frente a posibles insolvencias⁶⁹. Igualmente, la transparencia que pretende como principio se proyecta sobre la información a suministrar al mercado sobre el perfil de riesgos del asegurador y otros principios, como el de proporcionalidad, también pretenden reducir la carga que las obligaciones técnicas y de información puedan suponerles a los aseguradores de pequeña entidad. Por ello, sus artículos 183 y 184 (No Vida) y 185 (Vida) reproducen sustancialmente lo ya incluido en las Directivas precedentes, modificando su colocación sistemática, ya que deja de ser un Anexo para incorporarse en el articulado. No obstante, se incluyen algunas exigencias derivadas de la Directiva Solvencia II, principalmente en el caso de los seguros de Vida. Así, se deberá hacer una referencia al informe sobre la situación financiera y de solvencia del artículo 51 para que el tomador pueda acceder a la información en él contenida. En este sentido,

⁶⁹ Considerando (17) “Se espera que del régimen de solvencia establecido por la presente Directiva se derive una protección aún mejor de los tomadores de seguros...”. Directiva 2009/138/CE, de 25 de noviembre de 2009, sobre el seguro de vida, el acceso a la actividad de seguro y de reaseguro y su ejercicio (Solvencia II).

en el marco Solvencia II la información sobre la entidad se centra en su posición frente a los riesgos, por lo que esta mención resulta lógica en un sistema prudencial orientado al riesgo. Igualmente merece destacarse el punto 4 del citado artículo 185, según el cual, “se facilitará información específica para permitir una comprensión adecuada de los riesgos subyacentes que asuma el tomador del seguro”. Resulta de interés mencionar este precepto, ya que anticipa el enfoque que el derecho comunitario ya adelantó en otras Directivas (MIFID, UCITS) y que consolidará en otras posteriores (Reglamento PRIIPs, Directiva IDD).

3. LEY Y REGLAMENTO DE ORDENACIÓN, SUPERVISIÓN Y SOLVENCIA DE ENTIDADES ASEGURADORAS⁷⁰

Nos referimos a la Ley 20/2015, de 14 de julio⁷¹ y al Real Decreto 1060/2015, de 20 de noviembre⁷². El artículo 96 de la ley regula el “deber general de información al tomador de seguro”, el cual es desarrollado por los artículos 122 a 126 del Reglamento. Prescindimos de los preceptos que regulan seguros específicos, como los de decesos y enfermedad (artículos 125 y 126) y pasamos a exponer el régimen de información precontractual de nuestro derecho vigente.

3.1. Seguros distintos del seguro de vida

- Con arreglo al régimen aplicable a todos los seguros, se deberá informar al tomador sobre el Estado Miembro y autoridad que ejerce la supervisión de la entidad aseguradora. En este caso no se discrimina según el tipo de tomador de que se trate, pudiéndose deducir que esta información afecta a cualquier tomador, sea persona física o jurídica, consumidor o no consumidor.
- Legislación aplicable al contrato y sistema de reclamaciones, siempre y cuando el tomador sea persona física y carezca de opción para elegir la ley aplicable. La normativa no distingue si la persona física actúa como consumidor final o en el ejercicio de una actividad profesional o empresarial.
- Datos esenciales sobre la entidad aseguradora (Estado miembro del domicilio, denominación social, forma jurídica y domicilio social de la entidad o de la

⁷⁰ *Vid. PEÑAS MOYANO, M.J., “Relaciones entre la normativa contractual y de supervisión para la protección del asegurado: el deber de información previa al tomador de seguro ”, op. cit., pp. 669 y ss.*

⁷¹ Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras. BOE núm. 168, de 15/07/2015.

⁷² Real Decreto 1060/2015, de 20 de noviembre, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras. BOE núm. 288, de 02/12/2015.

sucursal con la que contrata). Esta información se facilitará a todo tomador siempre que no se trate de un seguro sobre grandes riesgos.

- Con relación al soporte, la Ley exige que sea por escrito, mientras que el Reglamento admite que esa información se facilite tanto en forma escrita como en soporte electrónico.
- Todas esas informaciones deberán figurar “en la póliza y en cualquier otro documento en que se formalice el contrato de seguro, según la Ley, mientras que el Reglamento es más restringido porque habla de la póliza o en el documento de cobertura provisional.
- En los seguros de grupo sí se contempla la obligación de informar sobre los derechos y obligaciones derivados del contrato antes de que el asegurado se adhiera al contrato.
- En consecuencia, nuestro régimen no contempla la obligación de suministrar información previa sobre los derechos y obligaciones derivados del contrato al tomador, contrastando con lo establecido para los seguros de grupo.
- Igualmente, se habla de un deber general de información, pero no se regula si ésta debe facilitarse en un documento específico, sin hacer ninguna vinculación a la proposición de seguro regulada en la Ley de Contrato.

3.2. Seguros de vida. Información general a suministrar

La Ley, en el artículo 96, hace una remisión general a lo que el Reglamento desarrollará exhaustivamente al tratar la información precontractual que habrá de suministrarse al tomador en los seguros de vida. Efectivamente, el artículo 124.1⁷³ del Reglamento desarrolla este tema, y lo hace trascribiendo literalmente el contenido de la Directiva 2009/138/UE. Cuando decimos “literalmente” nos referimos a que utiliza el lenguaje y los términos de la Directiva, algunos de ellos ajenos a los que se utilizan en la normativa de la Ley de Contrato de seguro. Únicamente se añade, a lo establecido en la normativa

⁷³ *Vid. Artículo 124.1 del Real Decreto 1060/2015, de 20 de noviembre, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras, sobre el Deber particular de información en los seguros de vida: “Sin perjuicio de lo dispuesto en los dos artículos anteriores, antes de la celebración de un contrato de seguro sobre la vida, el asegurador habrá de suministrar al tomador del seguro, por escrito o en soporte electrónico duradero, de forma clara y precisa, la siguiente información: a) Definición de las garantías y opciones ofrecidas; b) Periodo de vigencia del contrato; c) Condiciones para su rescisión; d) Condiciones, plazos y vencimientos de las primas; e) Método de cálculo y de asignación de las participaciones en beneficios; f) Indicación de los valores de rescate y de reducción y naturaleza de las garantías correspondientes; en el caso de que éstas no puedan ser establecidas exactamente en el momento de la suscripción, indicación del mecanismo de cálculo así como de los valores mínimos; g) Primas relativas a cada garantía, ya sea principal o complementaria, cuando dicha información resulte adecuada; h) En los contratos de capital variable, definición de las unidades de cuenta a las que están sujetas las prestaciones e indicación de los activos”.*

comunitaria, la obligación de informar del mecanismo de cálculo con relación a los valores garantizados, si no se pudieran establecer de forma exacta al suscribir el contrato. También se obliga a informar sobre los activos representativos en los contratos de capital variable, siendo este término el que emplea el legislador español para traducir los contratos “unit linked”, que es el que figura en el texto en lengua inglesa. De hecho, el reglamento no hace sino reproducir el texto ya utilizado en la normativa de supervisión prudencial española anterior, esto es, el Reglamento de Ordenación del seguro privado de 1998, donde ya figura el término “contratos de capital variable”, al igual que en la versión en lengua francesa de la Directiva. En los capítulos 10 y 11 de este trabajo se volverá sobre los términos utilizados en la legislación española para los contratos de seguro con finalidad inversora cuando abordemos la aplicación del Reglamento PRIIPs y la jurisprudencia comunitaria sobre el derecho de renuncia en los seguros de vida.

3.3. Seguros de vida en los que el tomador asume el riesgo de la inversión

Como ya se ha visto y será objeto de ampliación, este tipo de seguro no está definido por la legislación española sobre supervisión prudencial en vigor. No se encuentra en los artículos que establecen las definiciones de la Ley ni figura definido o descrito en el Anexo sobre ramos de seguro, si bien en éste al hablar de los distintos tipos de seguros de vida se hace mención a los seguros “...vinculados con fondos de inversión u otros activos a los que se refiere el artículo 73.... (“Admisibilidad de los fondos propios”)”.

Para este tipo de seguros, la Ley prevé que en la fase previa a la contratación el asegurador haga al tomador dos advertencias: una sobre la dependencia que estos productos tienen frente a las fluctuaciones de los mercados financieros, los cuales quedan fuera de la gestión o decisiones del asegurador, y otra recordando que las rentabilidades obtenidas en el pasado “no son indicadores de resultados futuros”. El Reglamento, en su artículo 124.4⁷⁴, desarrolla lo anterior añadiendo un tipo de información relevante, como es “el importe, base de cálculo y periodicidad de todos los gastos inherentes a la operación”. La influencia del Reglamento 1286/2014 de la Unión Europea (Reglamento “PRIIPs”) se hace patente en esta redacción, adelantándose a la entrada en vigor del marco comunitario.

⁷⁴ *Vid.* Artículo 124. 4 del Real Decreto 1060/2015, de 20 de noviembre, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras, sobre el Deber particular de información en los seguros de vida: “En los seguros en los que el tomador asume el riesgo de la inversión se informará de forma clara y precisa de que el importe que se va a percibir dependerá de fluctuaciones en los mercados financieros, ajenas al control del asegurador y cuyos resultados históricos no son indicadores de resultados futuros. Asimismo, se especificará el importe, base de cálculo y periodicidad de todos los gastos inherentes a la operación”.

3.3.1. Seguros de vida en los que el tomador no asume el riesgo de inversión: la rentabilidad esperada

Tampoco existe una definición sobre estos, si bien puede deducirse, a contrario, que están sometidos a los riesgos propios de las inversiones (crédito, mercado, liquidez), pero los mismos son asumidos por el asegurador. En este tipo de productos, la Ley anuncia el sistema de “rentabilidad esperada” como núcleo de las informaciones a facilitar, sistema que se desarrollará por el Reglamento y legislación de desarrollo. La Ley avanza un principio según el cual deberán considerarse todos los costes, de difícil factura, como el desarrollo de la normativa sobre PRIIPs ha puesto en evidencia. Por su parte el Reglamento de ordenación llega a un nivel mayor de concreción en el artículo 124.5⁷⁵, que se centra en los siguientes puntos:

- Debe tratarse de seguros que exijan la constitución de provisión matemática;
- Se define rentabilidad esperada como “el tipo de interés anual que iguala los valores actuales de las prestaciones esperadas que se puedan percibir en la operación por todos los conceptos y los pagos esperados de prima”;
- Se define el derecho del tomador del seguro de solicitar a la entidad aseguradora un detalle del cálculo de la rentabilidad esperada, que deberá entregar en un plazo máximo de diez días y ser comprensible y completa. Este derecho debe entenderse que se puede ejercer en el período precontractual, pero también cabe la interpretación de que da al tomador el derecho a pedir clarificación sobre la rentabilidad recibida durante la vida del contrato.;

Desarrollo normativo. - Existe una gran variedad de delegaciones normativas sobre diferentes temas técnicos a precisar:

⁷⁵ *Vid. Artículo 124. 5 del Real Decreto 1060/2015, de 20 de noviembre, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras, sobre el Deber particular de información en los seguros de vida: “En los seguros de vida en que el tomador no asume el riesgo de la inversión y haya que dotar provisión matemática se informará de la rentabilidad esperada de la operación, con las exclusiones que determine el Ministro de Economía y Competitividad por existir un componente principal de riesgo biométrico. La rentabilidad esperada de la operación de seguro es el tipo de interés anual que iguala los valores actuales de las prestaciones esperadas que se puedan percibir en la operación por todos los conceptos y los pagos esperados de prima. Mediante circular se regulará el mecanismo de cálculo de esta rentabilidad esperada, considerando al menos los factores del período al que afecta la garantía, las tablas biométricas, el pago de primas futuras o la posible existencia de participación en beneficios. El tomador de seguro podrá solicitar a la entidad aseguradora el detalle del cálculo de la rentabilidad esperada debiendo ser entregado por ésta en un plazo máximo de diez días. La información facilitada debe ser completa y fácilmente comprensible para el tomador de seguro. Se habilita a la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones para que mediante resolución pueda precisar las operaciones de seguros de vida que tengan un alto grado de componente biométrico que se excluyan de la obligación de información de la rentabilidad esperada”.*

1. El Ministro de Economía y Competitividad deberá establecer las exclusiones, se entiende que de productos, para los cuales no se deberá informar sobre la rentabilidad esperada “por existir un componente principal de riesgo biométrico”;
2. Por Circular se regulará el mecanismo de cálculo de la rentabilidad esperada, el cual tendrá en cuenta:
 - Los factores del período al que afecta la garantía;
 - Las tablas biométricas;
 - El pago de primas futuras; o
 - La posible existencia de participación en beneficios.
3. La Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones podrá precisar, mediante Resolución, las operaciones de seguros de vida que tengan un alto componente biométrico, y que, por tanto, queden excluidas de la obligación de información sobre la rentabilidad esperada.

La Orden ECC/2329/2014, de 12 de diciembre (“Orden 2329” en lo sucesivo), regula el cálculo de la rentabilidad esperada para los seguros de vida, estableciendo las exclusiones, es decir, los productos sobre los que no deberá informarse acerca de la rentabilidad esperada, por existir un componente principal de riesgo biométrico, como ya se ha mencionado:

- Contratos temporales que incluyan únicamente prestaciones en caso de fallecimiento o invalidez u otras garantías complementarias de riesgo; y
- Rentas vitalicias y temporales sin contraseguro.

La citada Orden será desarrollada en el capítulo correspondiente al régimen de información precontractual de los productos de seguro con un componente de inversión.

3.3.2.- Seguros de vida con participación en beneficios

El Reglamento, en su artículo 124.6⁷⁶ recoge un requisito específico para este tipo de seguros, si bien no se trata de una información precontractual, sino de obligaciones de información que se produce a lo largo de la vida del contrato, por las cuales el asegurador debe explicar las posibles desviaciones sobre lo inicialmente estimado y la situación de sus derechos derivados de tal participación en beneficios.

⁷⁶ *Vid. Artículo 124. 6 del Real Decreto 1060/2015, de 20 de noviembre, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras, sobre el Deber particular de información en los seguros de vida: “En el caso de seguros con participación en beneficios, el asegurador deberá informar por escrito anualmente al tomador del seguro de la situación de sus derechos, incorporando la participación en los beneficios. Además, si el asegurador ha facilitado cifras sobre la evolución potencial de la participación en los beneficios, deberá informar al tomador del seguro de las desviaciones entre la evolución efectiva y los datos inicial”.*

Como información precontractual, la Orden 2329 prevé que el asegurador informe al tomador sobre la rentabilidad esperada con arreglo a la experiencia real de los rendimientos obtenidos en los dos últimos ejercicios (incluyendo la participación en beneficios), con expresa advertencia de que tales rendimientos no suponen su repetición en ejercicios sucesivos. Si no se tuviera esa experiencia se obliga a informar sobre lo esperado con arreglo a criterios razonables y a explicarlos con claridad y con expresa advertencia de su carácter de hipotéticos.

3.4. Proposición de seguro e información precontractual a suministrar en los seguros de vida

De la relación entre estos dos elementos se ocupa el artículo 124 del Reglamento en su punto ⁷⁷. El precepto se aplica a los contratos de seguro de vida con duración indeterminada en los que se faciliten cifras relativas a pagos potenciales. Obliga a incluir esa información bien en la proposición de seguro, si existiese, bien en el contrato. Impone la obligación de incorporar un modelo de cálculo a través del cual se calcule el pago potencial al vencimiento. Además de incidir en la claridad e inteligibilidad de la información, el asegurador deberá advertir sobre las bases hipotéticas de lo calculado y sobre la no existencia de una obligación contractual del asegurador sobre las cifras potenciales estimadas.

Vemos, pues, que en este punto del artículo se menciona la proposición de seguro, si bien en el resto del mismo no se hace tal mención, por lo que en la legislación actual no queda clara la formalización de este deber precontractual, es decir, si es la proposición de seguro donde se reflejarían estos datos informativos o, al no ser ésta obligatoria en el marco de la Ley de Contrato de seguro vigente, cabrían dos posibilidades:

- Si existe proposición de seguro, toda la información precontractual deberá figurar en la misma, y acogerse al régimen de la Ley de Contrato; o
- Si no existe esa proposición, cualquier otro medio, por escrito por soporte electrónico duradero, serviría para el cumplimiento de la obligación de información.

⁷⁷ *Vid. Artículo 124. 7 del Real Decreto 1060/2015, de 20 de noviembre, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras, sobre el Deber particular de información en los seguros de vida: “Si en la proposición de seguro o en el propio contrato de seguro de vida, el asegurador facilita cifras relativas al importe de pagos potenciales, aparte de los pagos acordados por contrato, deberá proporcionar al tomador del seguro un modelo de cálculo del que resulte el pago potencial al vencimiento, aplicando la base de cálculo de la prima y utilizando tres tipos de interés diferentes. Esto no se aplicará a los seguros y contratos de duración determinada. El asegurador deberá informar al tomador del seguro, de manera clara y comprensible, que el modelo de cálculo está basado en supuestos hipotéticos y que el tomador del seguro no debe inferir obligaciones contractuales del citado modelo de cálculo”.*

Plazo para el cumplimiento del deber de información precontractual.- Ni la Ley ni el Reglamento dicen nada acerca del momento en el que se debe suministrar esta información antes de celebrar el contrato ni si el conjunto de informaciones recibidas debe constar en un único documento informativo.

4. LA TUTELA DEL TOMADOR EN LOS PRINCIPIOS PARA UNA LEY EUROPEA DE CONTRATO DE SEGURO

En 1999 se creó un grupo de trabajo (*Project Group*) con el objetivo de reformular los principios de una posible Ley Europea sobre el Contrato de Seguro con la idea de crear un marco jurídico que fuera opcional por las partes de un contrato de seguro⁷⁸, evitando la aplicación de distintos regímenes legales en caso de contratación transfronteriza, con la carga que supone la aplicación de las normas de conflicto contempladas en la legislación comunitaria.

Desde el punto de vista de los mecanismos que la propuesta fija como protectores de los intereses de los tomadores, podemos destacar los siguientes:

- La imperatividad de ciertas normas, permitiendo que, no obstante, otras puedan ser derogadas en el contrato siempre que no perjudiquen al tomador, asegurado o beneficiario⁷⁹;
- Las condiciones el contrato serán interpretadas, entre otros criterios, con arreglo a la buena fe y en defensa de los tomadores⁸⁰;
- Los Documentos deberán presentar un lenguaje claro y comprensible y, en caso de duda se interpretará a favor del asegurado, tomador o beneficiario⁸¹;

⁷⁸ Valoración por el Parlamento Europeo en “*The Principles of European Insurance Contract Law: An Optional Instrument?*”, European Parliament, Brussels, 2010. Consultese en: <https://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201004/20100430ATT73919/20100430ATT73919EN.pdf>. Acceso al documento a través de la página: <http://www.europarl.europa.eu/studies>

⁷⁹ *Vid. “Article 1:103 Mandatory Character. (1) Articles 1:102 second sentence, 2:104, 2:304, 13:101, 17:101 and 17:503 are mandatory. Other Articles are mandatory in so far as sanctions for fraudulent behaviour are concerned; (2) The contract may derogate from all other provisions as long as such derogation is not to the detriment of the policyholder, the insured or beneficiary”.*

⁸⁰ *Vid. “Article 1:104 Interpretation The PEICL shall be interpreted in the light of their text, context, purpose and comparative background. In particular, regard should be had to the need to promote good faith and fair dealing in the insurance sector, certainty in contractual relationships, uniformity of application and the adequate protection of policyholders”.*

⁸¹ *Vid. “Article 1:203 Language and Interpretation of Documents2 (1) All documents provided by the insurer shall be plain and intelligible and in the language in which the contract is negotiated. (2) When there is doubt about the meaning of the wording of any document or information provided by the insurer, the interpretation most favorable to the policyholder, insured or beneficiary, as appropriate, shall prevail”.*

- Con relación a los deberes de provisión de información precontractual, se recoge la obligación de proporcionarlos por el asegurador en el tiempo adecuado, recogiendo el contenido previsto en la Directiva 2009/138 (artículos 183 a 189)⁸²;
- Con arreglo a lo previsto en la Directiva de venta a distancia de servicios financieros (Directiva 220/65/CE) , se recoge el derecho del tomador a renunciar al contrato en el plazo de quince días desde su conclusión⁸³;
- Se regula el régimen de las cláusulas abusivas, entendiendo por estas las contrarias a la buena fe y las que causen, en perjuicio del tomador, un grave desequilibrio entre sus derechos y obligaciones⁸⁴.

En consecuencia, las normas no se dirigen al consumidor, sino a cualquier tomador, en el sentido de la LCS, a partir de una visión de fijar unas reglas de funcionamiento del mercado asegurador. Igualmente, no recoge la doctrina de la jurisprudencia comunitaria sobre el principio o control de transparencia, por lo que exigiría una actualización no sólo en este sentido, sino también en cuanto a los documentos precontractuales a facilitar, actualmente en vías de actualización a los términos de las propuestas normativas derivadas de la Estrategia de la Inversión Minorista (se trata más adelante) o bien reguladas por la IDD, como es el documento de Información Precontractual (IPID). No se mencionan las normas de conducta derivadas de la IDD, manteniéndose la categoría de mediador de seguros, obviando la existencia del distribuidor de seguros, como único agente en la labor de proponer y/o concluir contratos de seguro.

5. CONCLUSIONES

1. Estudios empíricos muestra la preferencia de los interesados por los sistemas públicos de tutela de los intereses de tomadores y asegurados;
 2. Dichos estudios muestran como los problemas principales los que se derivan de la comprensión del contrato y de la existencia de las exclusiones;

⁸² “Article 2:201 Provision of Pre-contractual Documents5 (1) The insurer shall provide the applicant with a copy of the proposed contract terms as well as a document which includes the following information if relevant: (2) If possible, this information shall be provided in sufficient time to enable the applicant to consider whether or not to conclude the contract.

⁸³ “Article 2:303 Cooling-off Period6 (1) The policyholder shall be entitled to avoid the contract by giving written notice within two weeks after receipt of acceptance or delivery of the documents referred to in Article 2:501, whichever is the later”.

⁸⁴ “Article 2:304 Abusive Clauses7 (1) A term which has not been individually negotiated shall not be binding on the policyholder, the insured or the beneficiary if, contrary to the requirements of good faith and fair dealing, it causes a significant imbalance in his rights and obligations arising under the contract to his detriment, taking into account the nature of the insurance contract, all the other terms of the contract and the circumstances at the time the contract was concluded”

3. En el vigente ordenamiento español la protección del cliente se despliega a través de normas de distinta naturaleza: Ley de Contrato de Seguro, leyes de supervisión e incluso reguladoras de la competencia desleal;
4. La información exigida por las normas de supervisión prudencial debe incardinarse en la documentación a que hace referencia la Ley de Contrato de Seguro;
5. En consecuencia, la Ley de Contrato de Seguro no regula de forma detallada el período precontractual, que se desarrolla a través de otras normas, de carácter público, de defensa del consumidor financiero;
6. Dos proyectos normativos que no vieron la luz (el Anteproyecto de Código de Comercio y el proyecto de reforma de la Ley de Contrato de Seguro) preveían mencionar la normativa administrativa como fuente de la información a suministrar al tomador;
7. El Derecho Comunitario se erige como la principal fuente normativa para la configuración de los deberes precontractuales;
8. La normativa vigente de transparencia sobre información precontractual en materia de contrato de seguros presenta un desequilibrio considerable según se trate de contratos de seguro sobre la vida o de seguros distintos del seguro de vida. Así, en el seguro de Vida se obliga a dar una información exhaustiva del futuro contrato, en la medida en que se incluyen los elementos esenciales del futuro contrato y que se integrarán en las condiciones generales y particulares de este. La necesidad de incorporar el derecho comunitario explica esta realidad.
9. En el caso de los seguros distintos al de vida, la información precontractual que se exige no incluye las condiciones generales o particulares, sino exclusivamente se refiere a los puntos exigidos por la legislación comunitaria, como la ley aplicable al contrato, el Estado Miembro de la entidad y el sistema de reclamaciones, temas de preocupación para el establecimiento de un mercado único de seguros, objetivo de las denominadas “Terceras” Directivas de supervisión de seguros.
10. En consecuencia, y dado que lo establecido en las Directivas comunitarias se considera como normativa “de mínimos”, puede afirmarse que el legislador español no se ha ocupado de fijar un conjunto de normas específicas para la fase precontractual de los seguros distintos del seguro de vida⁸⁵. Esta carencia se resolvió a través de la trasposición de la Directiva de Distribución de seguros

⁸⁵ Con excepción de los seguros de decesos, con requisitos informativos recogidos en el artículo 125, y los seguros de enfermedad, contenidos en el artículo 126 del Real Decreto 1060/2015, de 20 de noviembre, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras.

(Directiva 2016/ 97 / UE, de 20 de enero), mediante el Real Decreto-Ley 3/2020, de 4 de febrero.

11. Debe subrayarse la regulación detallada sobre la forma y contenido en la que la entidad aseguradora debe informar sobre rendimientos futuros de los diferentes tipos de seguros de vida en los que de alguna manera el tomador soporte el riesgo derivado de las inversiones vinculadas al mismo (seguros cuyo riesgo de inversión lo asume el tomador) o de la actuación del asegurador (seguros con participación en beneficios o con cualquier tipo de rendimiento variable). En este sentido, independientemente de la mejor o peor sistematización de la normativa (ámbito de los productos afectados en cada caso, documento informativo, tiempo de validez de la oferta, “período de reflexión”, características del cliente...), se manifiesta una óptica en la que el asegurado se concibe más como inversor que como tal asegurado, destacándose como se prevén “advertencias” en ciertos casos (fundamentalmente con el fin de que el asegurado conozca en qué medida asume riesgos derivados bien del producto, bien de la gestión de la entidad aseguradora), en la línea de la normativa sobre instrumentos financieros.
12. La citada trasposición de la Directiva (UE) 2016/97 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de enero de 2016 sobre la distribución de seguros⁸⁶ (Directiva IDD en lo sucesivo) y el Reglamento (UE) no 1286/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de noviembre de 2014 sobre los documentos de datos fundamentales relativos a los productos de inversión minorista vinculados y los productos de inversión basados en seguros (“Reglamento PRIIPS, en lo sucesivo), así como la trasposición de la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial⁸⁷ hacen prever una necesaria reforma del derecho de transparencia en materia de seguros. A título de ejemplo, la existencia del IPID en seguros distintos del seguro de vida, la actuación del distribuidor de seguros a través de asesoramiento o sin él, la definición exhaustiva de los productos incluidos en la categoría PRIIPs anuncian futuras modificaciones de este entramado normativo en aras de una mejor sistematización y claridad. Por otra parte, la futura Ley de Contrato de seguro, independientemente de su ubicación, habrá de hacer un

⁸⁶ Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero, de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores; de seguros privados; de planes y fondos de pensiones; del ámbito tributario y de litigios fiscales.

⁸⁷ Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario. BOE núm. 65, de 16 de marzo de 2019.

esfuerzo para incluir el derecho de transparencia en el trato de formación del contrato de seguro. Como ya veremos en otro capítulo de este trabajo, tanto la Directiva IDD como el Reglamento PRIIPs están en fase de modificación en el marco de la Estrategia de la Comisión Europea sobre la inversión minorista⁸⁸, que, entre otras previsiones, contempla la existencia de un Documento de Información Normalizado (IPID) para los seguros de Vida.

13. Debería sistematizarse el lenguaje empleado tanto en las normas de transparencia como de Derecho privado contractual (Ley de Contrato de seguro, Ley de Condiciones Generales de la Contratación, Ley de consumidores...). Principalmente en el tema de las condiciones generales de los contratos, así como las de carácter particular y especial. Para evitar duplicaciones o bien que se apliquen regímenes jurídicos diferentes a las diferentes piezas de información, procede clarificar si son las condiciones del contrato las que deben ser objeto de la información previa al contrato o si se trata de información diferente. En la medida en que el curso normal de la contratación finaliza en la póliza, resulta conveniente que no existan divergencias entre la información precontractual facilitada y la póliza. Un correcto engarce de la proposición, como apunta el proyecto de Código Mercantil, resulta, igualmente, imprescindible; y
14. El hecho de que estas obligaciones de información figuren en la normativa de supervisión (a la que podíamos ya calificar como “supervisión de conducta” y no prudencial) deja abierta el juicio sobre su influencia en la existencia del contrato, y nos remite a las potestades administrativas que prevén tanto la normativa de supervisión como el párrafo 2º del artículo de la LCS⁸⁹.

⁸⁸ Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifican las Directivas 2009/65/CE, 2009/138/CE, 2011/61/UE, 2014/65/UE y (UE) 2016/97 por lo que respecta a las normas de protección de los inversores minoristas en la Unión y Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (UE) núm. 1286/2014 en lo que respecta a la modernización del documento de datos fundamentales, ambas de 24 de mayo de 2023.

⁸⁹ Así, se afirma que “el legislador español se ha esforzado en garantizar, en favor del asegurado, la realidad del consentimiento y el control general y permanente por la vía de la vigilancia administrativa, del control social de la actividad aseguradora”. *Vid.* VERDERA TUELLS, E., “La Ley de Contrato de Seguro: encuadramiento constitucional y directrices básicas”, *op. cit.*, pp. 29 y ss.

CAPÍTULO TERCERO. LA DEFENSA DEL CLIENTE DE ENTIDADES DE CRÉDITO Y EL CONCEPTO DE TRANSPARENCIA EN EL CONTROL DE LAS CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN BANCARIA

1. PLANTEAMIENTO

En materia de contratos bancarios la defensa del cliente-consumidor se ha manifestado de manera bastante diferente a como el legislador ha dispuesto en el ámbito del contrato de seguro⁹⁰.

Para el contrato de seguro se optó en 1980 por una ley especial, que deroga explícitamente el régimen del contrato de seguro previsto tanto en el Código de Comercio como en el Código Civil (Disposición Final, párrafo segundo, por la que deroga “los artículos mil setecientos noventa y uno a mil setecientos noventa y siete del Código Civil, los artículos trescientos ochenta a cuatrocientos treinta y ocho del Código de Comercio y cuantas disposiciones se opongan a los preceptos de esta Ley”), creando un nuevo régimen

⁹⁰ J. GARRIGUES definía el contrato bancario como el “esquema jurídico de la operación bancaria” o como “todo acuerdo para constituir, regular o extinguir una relación que tenga por objeto una operación bancaria”. GARRIGUES, J., *Curso de Derecho mercantil* (II), Madrid, 1969. SÁNCHEZ CALERO añadía que “[el contrato bancario...] se incardina dentro de la actividad de intermediación crediticia”, SÁNCHEZ CALERO, J., *Instituciones de Derecho Mercantil*, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2013, p. 142.

jurídico para los contratos de seguro que gira en torno a la idea de protección del asegurado y que se expresa principalmente en los artículos 2 y 3 de la Ley, como ya se ha descrito anteriormente: la imperatividad de sus normas, el régimen de las condiciones generales del contrato de seguro y la posible intervención pública en el contenido de las pólizas.

En el caso de los contratos bancarios no se ha optado por un régimen “rupturista” de su régimen jurídico pensando en la protección del cliente, a través de una normativa de Derecho Privado aplicable a estos contratos, en defensa de la parte que ocupa la posición más débil en la relación jurídica⁹¹, por lo que los principios y normas tanto del Código Civil como del Código de Comercio quedan vigentes para todo tipo de contratos bancarios⁹², además de las normas especiales sobre derechos de los consumidores y condiciones generales de la contratación.

La inclusión de este Capítulo en nuestro trabajo, enfocado al contrato de seguro y a la influencia de las nuevas reglas procedentes de la normativa comunitaria en el marco de Derecho Privado definido en la Ley de Contrato de seguro, persigue mostrar cómo desde dos enfoques normativos diferentes (el contrato de seguro con normativa especial y los contratos bancarios sin esa Ley general que los regule) se llega a un enfoque en el que el principio de transparencia se impone sobre los preceptos legales. Lo anterior se manifiesta en que el legislador va a regular de forma exhaustiva los deberes de diligencia que lleva aparejada la aplicación de dicho principio de transparencia. Junto a ello se concluye una importancia creciente del Derecho del Mercado Financiero de la Unión Europea, que va a establecer de manera “horizontal” unas mismas técnicas de protección del consumidor-cliente-tomador, configurando ese deber de diligencia, o conducta como término amplio, que se aplicaría a todos los empresarios de los servicios financieros.

Sobre esa base de mantener la vigencia del sistema normativo contractual de naturaleza dispositiva, los contratos bancarios van a experimentar una evolución que se despliega en varios frentes:

- En el desarrollo de una normativa de protección de la clientela basada en el suministro de información precontractual completa y en el momento oportuno,

⁹¹ Señalaba J. GARRIGUES que el banco “*impone sus condiciones al otro contratante; “el contrato sigue gozando de las virtudes de un consentimiento, es decir, del concurso de la oferta y la aceptación de que habla el artículo 1.262 del Código Civil, pero la coincidencia de voluntades sigue aquí un proceso distinto: una voluntad se impone y otra se somete. Se consiente o, mejor dicho, se asiente a una resolución tomada por otro*”. GARRIGUES, J., *Contratos bancarios*, Madrid, 1975, Editorial JG, 1975, p. 41.

⁹² “*La ausencia de normas de la contratación bancaria con rango de ley formal propicia una fuerte presencia de disposiciones de carácter administrativo para regular los contratos bancarios*”, Vid. NIETO CAROL, U., *Transparencia y protección de la clientela bancaria. Capítulo I: Introducción. Contratos bancarios*. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2016, pp.50-51

con una doble finalidad protectora del propio cliente y de la generación de competencia en el mercado en el que se desenvuelve⁹³;

- En la irrupción de la normativa sobre condiciones generales de la contratación y de protección del consumidor, tanto nacional como comunitaria, y su escasa afectación a los contratos financieros⁹⁴;
- En la generación de una doctrina jurisprudencial comunitaria y nacional que llega a exigir cambios normativos en el ámbito español en ocasiones y que va a ser el detonante en el desarrollo de visiones doctrinales diferentes en cuanto a la inserción de la transparencia como nuevo concepto o principio dogmático en los contratos bancarios que incluyen condiciones generales de la contratación;
- En la promulgación de leyes especiales que regulan de forma exhaustiva e imperativa determinados contratos bancarios (créditos hipotecarios o créditos al consumo), adaptación nacional a Directivas de la Unión Europea.

2. NACIMIENTO Y EVOLUCIÓN DE LA NORMATIVA DE PROTECCIÓN DE LA CLIENTELA BANCARIA

La entrada de España en la Unión Europea (entonces Comunidad Económica Europea) y el hecho de que a finales de la década de los 70 del siglo XX se produjeran crisis bancarias, dando lugar entre otros efectos a la creación del Fondo de Garantía de Depósitos en 1977, produjo como efecto una necesidad de establecer un nuevo marco normativo que regulase las entidades de crédito en su aspecto prudencial y en un entorno de liberalización, en el sentido de libertad en la fijación de comisiones y de tipos de interés⁹⁵. Dos normas van a regir el destino regulatorio de la banca en la década de los 80 del pasado siglo: la ley 13/1985, de 25 de mayo, de coeficientes de inversión, recursos

⁹³ El Código Civil pone los límites en los artículos 1.256 (“...no dejar al arbitrio de una de las partes la validez y el cumplimiento de los contratos”) y 1.288 (“...las cláusulas oscuras no podrán beneficiar a la parte que hubiese generado la oscuridad”).

⁹⁴ Las condiciones generales ya fueron anticipadas en su concepción por R. URÍA como parte de la contratación en masa. URÍA, R., *Derecho Mercantil*, Marcial Pons, Madrid, 1990, pp. 528-535. El principio de autonomía de la voluntad queda limitado por el artículo 1.255 del Código Civil (“Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público”) y por el régimen aplicable a las condiciones generales, que evolucionará hacia un régimen de transparencia contractual.

⁹⁵ En este sentido, L.J. CORTÉS remarca este cambio hacia la liberalización: “En la actualidad....el énfasis legislativo se ha desplazado desde el intervencionismo a la competencia, y desde el trato de favor a alguna finalidad o sector de la actividad a la transparencia del mercado y de las condiciones practicadas por las entidades de crédito...En ocasiones se precisa un plus normativo adicional para asegurar la protección de la parte débil del contratode conformidad con el principio y la orientación fijados por el derecho comunitario”. CORTÉS, L.J. “Los contratos bancarios: ideas generales”, Editorial Aranzadi (coord.), *El contrato bancario. Tiempos revueltos*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2012, pp. 17 y ss.

propios y obligaciones de información de los intermediarios financieros⁹⁶, y la ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito.

Como la Exposición de Motivos de la Ley 26/1988 decía, en ese contexto de mayor libertad era exigible que la supervisión se intensificase en un sector como el bancario, clave para la actividad económica y que necesita de la confianza de los depositantes para su funcionamiento.

Sin justificarlo expresamente, pero fácilmente deducible en el contexto de libertad económica y de preocupación creciente por la defensa de los intereses de los consumidores, la citada Exposición de Motivos afirma que “se refunden y generalizan las normas que, hasta ahora, facultaban a las autoridades financieras para fijar los capitales mínimos de las entidades de crédito, para establecer sus estados contables y para imponer clausulados mínimos en sus contratos típicos, en beneficio de la transparencia de las entidades y la protección de los intereses de su clientela”. Así, se menciona de forma innovadora el término “transparencia” y se justifica la inclusión del artículo 48 que, en su párrafo 2º inaugura lo que podíamos denominar edad contemporánea de la protección del cliente bancario. Desde entonces hasta el momento presente, la defensa del consumidor-cliente bancario ha pasado por diferentes etapas, que van desde la que se preocupa por el suministro de información y de su divulgación, hasta la que es protagonizada por la jurisprudencia nacional y comunitaria sobre ciertos contratos o prácticas, para terminar en la existencia de normas ad hoc reguladoras de ciertos contratos propios de la actividad de las entidades de crédito, como los préstamos al consumo o los créditos con garantía hipotecaria. Otra faceta se abre paso a través de la recepción de normas de gobierno de productos que van formando un conjunto de exigencia en el comportamiento de los operadores bancarios, formando todo un marco de diligencia debida de los empresarios financieros.

En términos generales, tres van a ser los conceptos nucleares sobre los que van a girar los cambios normativos: protección del cliente a través del suministro de información, transparencia y, como colofón, la conducta⁹⁷. La lectura que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) hará del término transparencia y de su alcance

⁹⁶ BOE núm. 127, de 28/05/1985. [Disposición derogada].

⁹⁷ Para U. NIETO la transparencia tiene la doble dimensión de medio de protección y de mejora de funcionamiento del mercado, en busca de una mayor competencia, basada en la claridad y proyectada en todas las fases de la contratación bancaria, mientras que la protección de la clientela trata de limitar la asimetría informativa, incluyendo los sistemas de reclamaciones. *Vid. NIETO CAROL, U., Transparencia y protección de la clientela bancaria, op. cit., pp. 170-190 del Capítulo III: Normativa sectorial de transparencia y protección de la clientela bancaria.*

condicionarán las reglas interpretativas de los contratos bancarios y la evolución normativa.

3. EVOLUCIÓN DE LA NORMATIVA

La evolución normativa sobre el contrato bancario se va a basar en las distintas fases que pueden diferenciarse en la relación entidad de crédito-cliente, como contrato financiero que es tiene se caracteriza por ser de trato sucesivo o de duración, de manera que se empezará legislando sobre las obligaciones de información hasta llegar a regular la conducta del empresario bancario de una forma más amplia, a través de las obligaciones derivadas del Gobierno de productos⁹⁸, en un proceso que trascurre durante más de veinticinco años.

3.1. Primer bloque normativo

La ley 26/1988, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de crédito (LDIEC).-

Esta Ley surge para adaptar en puntos esenciales la normativa bancaria española a las normas comunitarias, esperando que una norma posterior regulase de una forma global la actividad de las entidades de crédito, lo cual no se conseguirá hasta la promulgación de la Ley 10/2014 de 26 de junio, de ordenación y solvencia de las entidades de crédito⁹⁹. En ese momento se consideraba urgente establecer el régimen sancionador y disciplinario de los bancos y afirmar la competencia supervisora del Banco de España. Así, algunos tipos de infracciones muy graves mencionan el hecho de faltar al principio de veracidad con sus clientes por las entidades de crédito (“depositantes, prestamistas y público en general”, afirma) o al hecho de una falta de funcionamiento o un funcionamiento deficiente de los departamentos o servicios de atención al cliente. En ese entorno puramente de derecho sancionador es donde aparece el artículo 48,2, primer precepto en el que se intenta dar unas pautas por las que los bancos deben regir las relaciones con su clientela derivada de las operaciones o servicios que les prestan.

Esta norma será la base que permitirá desarrollar un derecho de protección de la clientela bancaria hasta el año 2014, en el que la citada ley 10/2014 sustituirá el régimen del artículo 48,2 por el de su artículo 5 (“Protección del cliente de entidades de crédito”), en un marco legal muy diferente, en el que las normas especiales, la normativa comunitaria

⁹⁸ *Vid.* U. NIETO distingue las siguientes fases en la contratación bancaria: 1.- Puesta a disposición del público de la información sobre gastos, comisiones y tipos de interés aplicados y comercialización (publicidad, información precontractual y, en su caso, asesoramiento); 2.- Formalización contractual (otorgamiento del contrato y entrega del documento contractual; y 3.- Ejecución del contrato (relación de la entidad de crédito con el cliente, después de la formalización). NIETO CAROL, U., *Transparencia y protección de la clientela bancaria, op. cit.* pp 170-182 del “Capítulo III: Normativa sectorial de transparencia y protección de la clientela bancaria”

⁹⁹ BOE núm. 156, de 27/06/2014.

de protección del consumidor (Directiva 93/13) y la creación jurisprudencial nacional y comunitaria, ordenen de una forma más completa la posición jurídica del cliente de las entidades de crédito en sus relaciones contractuales con estos.

Naturaleza administrativa del artículo 48.2.-

El legislador de 1988 no pretende crear un marco de protección del cliente en el sentido del Derecho de Transparencia financiera configurado en la actualidad, sino enunciar unas competencias de carácter administrativo a fin de desarrollar los derechos de información del cliente en sus relaciones con las entidades de crédito. Por ello no proclama ningún tipo de derecho de los clientes en la configuración de sus relaciones contractuales, sino que sólo enuncia las competencias del titular del Ministerio de Economía (entonces “Economía y Hacienda”) de cara a configurar un derecho de información del cliente bancario.

Previamente, el punto 1 de este artículo se refería a las competencias administrativas para desarrollar la normativa bancaria en materia de contabilidad, por lo que su propia colocación sistemática en la Ley nos dice que el legislador no se planteó en ese momento la configuración de un Derecho de Transparencia bancaria.

Naturaleza jurídico-contractual de estas normas.-

El carácter administrativo de las normas, que ya hemos reseñado anteriormente, quiere dejarlo claro el legislador cuando en el primer párrafo de este 48.2 dice” *...sin perjuicio de la libertad de contratación que, en sus aspectos sustantivos y con las limitaciones que pudieran emanar de otras disposiciones legales, deba presidir las relaciones entre las entidades de crédito y su clientela...*”. Trata el texto de subrayar que no se trata de regular aspectos propios del Derecho Privado y de los principios de libertad de contratación que lo enmarcan y de su propio régimen jurídico. La doctrina debatirá no tanto la naturaleza administrativa de estas normas, sino más bien la influencia que puede tener en el régimen aplicable al contrato bancario, es decir, su incidencia en la contratación bancaria. La STS de 12 de julio de 2004 estableció que la infracción por parte de la entidad de crédito de las normas de conducta fijadas en las normas reglamentarias o administrativas no permiten fundamentar la acción de nulidad del contrato, no pudiendo hacerlo igualmente como motivo casacional. No obstante, la STS de 24 de marzo de 2006 dice que, si bien es cierto que no se trata de normas sustantivas, no obstante “*.../[podrán] tenerse en cuenta para medir la diligencia o la corrección en el comportamiento debido por parte de la entidad financiera demandada, integrando los deberes de prestación conforme a lo dispuesto en el artículo 1258 del Código Civil*¹⁰⁰”. Esta sentencia abre la puerta para

¹⁰⁰ *Vid.*, Artículo 1258 del Código Civil: “*Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley*”.

posteriores construcciones en torno a la doctrina del TJUE y del propio TS sobre la transparencia, que integra el deber de prestación en la obligación de actuar conforme a la buena fe por parte de la entidad de crédito, de la que el deber de transparencia formaría parte. No obstante, la cuestión sobre la naturaleza de estas normas ha sido objeto de distintas posiciones doctrinales, en las que una parte alega que dichas normas se integran en la actividad de la entidad de crédito y no pueden quedar al margen de la materialización de sus operaciones en los contratos; otra posición basa su posición en la necesidad de que se respete la jerarquía normativa y se evite una deslegalización de materias reservadas a la ley en sentido formal¹⁰¹. En suma, se debate si las Circulares, como última expresión normativa de las normas de protección de la clientela, tienen la eficacia limitadora de la autonomía de la voluntad del artículo 1255 del Código Civil (“leyes, moral y orden público”).

La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de julio de 2023 (Asunto C-265/22), que tratamos más adelante incorpora un elemento incluido en una Circular del Banco de España como decisivo a la hora de valorar la conducta que debe desplegar en

¹⁰¹ Así, M. ARAGÓN concluye diciendo que “...sólo el reglamento “gubernamental” (y las disposiciones generales dictadas por órganos o entidades inferiores al ministro) puede normar, respetando la reserva de ley y previa la correspondiente habilitación legal, de manera directa o a propósito de la regulación de materias conectadas (ordenación del crédito, derechos de los consumidores o usuarios u otras-Competencia Desleal-) la contratación mercantil y, por lo mismo, los contratos bancarios...”. ARAGÓN REYES, M., “Las fuentes. En particular el problema de los Estatutos de los Bancos y de las Circulares del banco de España”, en GARCÍA VILLAVERDE, R. (dir.), *Contratos bancarios*, Civitas, 1992, pp. 19-46. L.J. CORTÉS opina que “...aparte de imponer deberes sancionables por vía administrativa, estas normas se integran en el contenido de los contratos que se celebran con los clientes. Consecuencia: la violación de estas normas acarrearía una sanción propia del Derecho Privado (nulidad del contrato, nulidad de la cláusula, resolución del contrato y sanciones administrativas). CORTES DOMÍNGUEZ, L.J., “Lecciones de contratos y mercados financieros”, en *Lecciones de Derecho Mercantil*”, Thomson Reuters Civitas, Madrid, 2009, pp. 711-734. En la obra colectiva, *La contratación bancaria*, se plantea este debate, en el que algunos autores se sitúan en contra de que alteren estas normas las aplicables a la contratación bancaria, basándose en que se trata de una normativa de ordenación y disciplina, que se hace mención a “sin perjuicio de la libertad de contratación”, en el 48.2 de la LDIEC, que no cabe el reglamento independiente en materia de contratación y que el Banco de España no cuenta con la habilitación necesaria. SEQUEIRA, A., GADEA, E. y SACRISTÁN, F. (dir.), *La contratación bancaria*, Dykinson, Madrid, 2007, pp. 347-374. Por su parte, U. NIETO afirma que estas normas de protección de la clientela bancaria regulan “...la actividad que desarrollan las entidades de crédito, por lo que es comprensible que a través de las normas de ordenación +pueda incidirse en cuestiones que afecten a la contratación. Ello es consecuencia del “entretejido de sectores normativos y de la interrelación entre Derecho público y privado”. El mismo autor menciona que nos encontramos ante un fenómeno de deslegalización por el cual tanto el Ministerio correspondiente como el Banco de España se convierten en “fuentes materiales de creación de Derecho contractual bancario”. NIETO CAROL, U., *Transparencia y protección de la clientela bancaria*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2016, pp. 206-214 (correspondiente al Capítulo III: Normativa sectorial de transparencia y protección de la clientela bancaria).

el proceso precontractual el predisponente, dando así una relevancia contractual a este tipo de normas administrativas de origen administrativo.

Antecedentes del artículo 48.2 LDIEC.-

En el momento de la promulgación de la LDIEC ya se había dictado una primera norma clave para el surgimiento de un derecho contractual informado por la protección de los consumidores, principio general informador, conforme establece el artículo 53.3 de la Constitución: la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Este texto legal introduce una serie de conceptos que serán la base del derecho de protección de los consumidores y que se reproducirán en todas las disposiciones que irán conformando el futuro Derecho de Transparencia Bancaria y que tiene como eje y destinatario a las cláusulas o condiciones de los contratos: concreción, claridad y sencillez en la redacción, entrega del documento contractual, cláusulas abusivas, buena fe y justo equilibrio de las prestaciones. Su fundamento se encontrará en el Capítulo IV (“De la interpretación de los contratos”) del Título II del Libro V del Código Civil, destacando el artículo 1.288 (“*La interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no deberá favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad*”).

Sobre la base de esos términos, algunos hablando de la parte formal y otros del fondo o contenido de las cláusulas contractuales, se irá definiendo el sistema de protección del cliente-consumidor bancario.

Estructura del artículo 48.2 LDIEC. - Debe remarcarse que este artículo presenta una evolución a lo largo de los años hasta que sea sustituido por el ya citado artículo 5 de la Ley 10/2014. Partiremos, por tanto, de la estructura primitiva del artículo, para incluir las sucesivas modificaciones que diferentes leyes irán introduciendo, y que sirve para mostrar la óptica que el legislador va a adoptar de cara a la defensa del consumidor bancario. En todo caso, sí conviene recordar que el artículo regula las potestades que tiene el titular del Ministerio de Economía para ordenar determinados aspectos de las relaciones entre entidad de crédito y su cliente. Se relacionan dichos aspectos.

1. Formalización por escrito del contrato. En la letra a) del 48.2 se relacionan una serie amplia de competencias, ya que no sólo incluye esta posibilidad de que los contratos se formalicen por escrito (con una claridad en el contenido de los compromisos y derechos nacidos del contrato), sino que deja abierta la posibilidad de establecer la obligación por parte de las entidades de crear modelos de contratos y un control administrativo sobre ellos.
2. Entrega de un ejemplar del contrato al cliente.
3. Comunicación a las autoridades de supervisión y a los clientes las condiciones de sus operaciones activas y pasivas.

4. Regulación de la publicidad de las operaciones bancarias y del control administrativo sobre ella, con posibilidad de establecer un control previo sobre la misma.

Visto lo anterior, se puede deducir cómo se introducen una serie de obligaciones de la entidad de crédito con respecto a sus clientes que operan en el ámbito administrativo, es decir, en el de las reglas aplicables a un sector regulado, como es el bancario. En lo sucesivo se construirá un camino en el que estas normas protectoras del cliente formarán un auténtico Derecho de Transparencia que inevitablemente entrará en la libertad de contratación y condicionará el derecho contractual aplicable a los contratos bancarios. Dos serán las vías por las que esa “contaminación” se producirá:

- La construcción jurisprudencial derivada tanto del Tribunal Supremo como del Tribunal de Justicia de la Unión Europea;
- La regulación legal de determinados contratos bancarios, como el préstamo hipotecario, junto con las normas de ámbito más amplio (crédito al consumo, contratación electrónica...).

Modificaciones posteriores del artículo 48.2.-

- *La Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios*¹⁰² añade dos apartados relacionados con los tipos de interés o índices sobre los mismos aplicables a este tipo de préstamos, dando respuesta al nuevo entorno en el que se desenvuelve el mercado hipotecario. En concreto, introduce estas dos especificaciones:

- Publicación de ciertos índices aplicables a los préstamos a interés variable (principalmente los hipotecarios), bien por la propia entidad de crédito o bien por el Banco de España. En este punto, el legislador introduce la posibilidad de que se estableciera (siempre por el Ministerio de Economía) el contenido “informativo” de las cláusulas contractuales definitorias del tipo de interés y de la comunicación al cliente sobre el tipo aplicable al período. Esto se aplicaría a préstamos a interés a tipo variable referenciados a un índice no oficial. El párrafo comienza con la salvedad ya vista de “sin perjuicio de la libertad de contratación”, por lo que quiere enclavar estas obligaciones en un marco diferente al derecho contractual.
- Extender lo anterior a cualquier tipo de contrato, lo cual no resulta clarificador, ya que no se sabe cuál es el ámbito de aplicación de los párrafos anteriores (habla de operaciones activas y pasivas, en un enfoque de gran amplitud).

¹⁰² BOE núm. 80, de 04/04/1994.

- *La Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero*¹⁰³, introduce una letra g) para otorgar la competencia al regulador de establecer normas sobre la contratación electrónica de los servicios bancarios. Con ello se da respuesta a un nuevo marco normativo en la contratación, definido por la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico y la Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores. En concreto

- *La Ley 41/2007, de 7 de diciembre, de contenido múltiple (“modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria”)*¹⁰⁴, introduce la primera modificación de este precepto, que se despliega en un doble sentido:

1. Incluye una frase en el primer párrafo [a)], que es el que se ocupa de asegurar la claridad de los compromisos contenidos en los contratos, incluyendo una referencia a la financiación hipotecaria: “...en especial, las cuestiones referidas a la transparencia de las condiciones financieras de los créditos o préstamos hipotecarios”. A destacar la inclusión del término “transparencia” por vez primera en esta normativa, que parece que se correspondería con la idea de claridad y de constancia por escrito, las cuales figuran en los párrafos anteriores.
2. Añada una letra h) al 48.2 en la que se configura un régimen aplicable a la información precontractual en los contratos bancarios, ya que regula la provisión de la información de la que debe disponer el cliente antes de la perfección del contrato. Incluye conceptos clave de este régimen, como es la necesidad de disponer de esa información “con antelación razonable” a la asunción de la obligación, así como el objetivo que persigue este tipo de información: el conocimiento de las características de los productos, la adecuación a sus necesidades y, en su caso, a la su situación financiera.

Desarrollo reglamentario del artículo 48.2.-

Al contener el artículo 48.2 un mandato o definición de competencias que los organismos administrativos pueden ejercer, interesa saber cuál ha sido el uso que estas autoridades han ejercido y, por otra parte, las sucesivas modificaciones o adiciones al citado precepto anuncian una sucesiva actualización de las disposiciones tanto del Ministerio de Economía como del Banco de España, el cual, a través e Circulares, detalla al máximo

¹⁰³ BOE núm. 281, de 23/11/2002.

¹⁰⁴ BOE núm. 294, de 8 de diciembre de 2007.

nivel el contenido o la forma de cumplir las obligaciones de las entidades de crédito que se derivan del artículo 48.2.

En este sentido, la primera norma de desarrollo es la Orden Ministerial de 12 de diciembre de 1989, sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las Entidades de crédito. La Circular 8/1990 del Banco de España completará este marco legal.

Con relación a la Orden Ministerial, merece destacarse cómo en su Preámbulo menciona expresamente la función que la información a la clientela tiene de cara a “sentar las bases de una mayor competencia entre entidades”, justificando así que las obligaciones de información se extiendan no sólo a las operaciones “típicas” de las entidades de crédito, como son los depósitos y los préstamos, (pasivas y activas) sino a otras (el arrendamiento financiero, por ejemplo). De este modo, no es la defensa del cliente-consumidor lo que inspira esta normativa de forma exclusiva, sino la mejora del funcionamiento de los mercados; esta doble finalidad estará presente en el desarrollo del Derecho de transparencia bancaria, lo que hará que se conecte con el Derecho de la competencia desleal (con la *Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de mayo de 2005 relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior* como expresión en el Derecho comunitario) y que llegue en su momento a considerarse la transparencia como un principio general del orden económico, como luego se verá al tratar de la jurisprudencia nacional y comunitaria sobre el tema.

Aparte de la normativa específica que regula algunas operaciones bancarias, y que son el resultado de la trasposición de Directivas comunitarias, debemos considerar la regulación de las condiciones generales de la contratación, que ya se trata en este trabajo con relación a su incidencia en el contrato de seguro, en el ámbito exclusivamente bancario, pero sin vocación de exhaustividad, sino como soporte de la tesis principal del trabajo.

En este sentido, el artículo 7 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación dice que “*No quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales:*

- a) *Las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato o cuando no hayan sido firmadas, cuando sea necesario, en los términos resultantes del artículo 5.*
- b) *Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, salvo, en cuanto a estas últimas, que hubieren sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a la normativa específica que discipline en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato”.*

Sin perjuicio del párrafo a), que recoge los principios básicos que informan el Derecho de Transparencia, el b) se remite a una normativa específica (especial) reguladora de la

transparencia del contrato. En el ámbito bancario debemos preguntarnos si se incluyen todas las normas que defienden los intereses de los clientes en sus relaciones con las entidades de crédito, independientemente de la naturaleza de dichas normas, de Derecho Privado o de Derecho Público.

Lo cierto es que tales normas, con independencia de su naturaleza, configuran el deber de diligencia profesional exigible a las entidades de crédito, cubriendo la doble finalidad de las normas sobre transparencia: la protección de la parte del contrato en situación de asimetría informativa en la relación contractual, así como favorecer la competencia entre operadores en el mercado.

Como ejemplo, podemos mencionar la ya citada reciente sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea, de 13 de julio de 2023, que establece un vínculo claro entre la transparencia exigida con las disposiciones “especiales” aplicables a la actividad bancaria, lo que implica un cambio en el régimen jurídico de los contratos afectados y que pasamos a examinar seguidamente.

3.2. La aplicación de la normativa “específica”: la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de julio de 2023 (asunto C265/22)

En el marco de la jurisprudencia europea sobre el índice denominado IRPH, esta sentencia tiene el interés de pronunciarse el Tribunal europeo sobre la importancia de las disposiciones administrativas en la valoración de la transparencia y, por tanto, en la vida del contrato. Como ya hemos visto, las primeras normas que regularon la defensa del cliente bancario siempre incluían expresiones en las que querían dejar claro que no era su objetivo la regulación del contrato bancario, ámbito reservado a la legislación mercantil, general (Código Civil y de Comercio) y especial (Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios, Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación o Ley de Crédito al Consumo). La frase “sin perjuicio de la libertad de contratación” u otras semejantes así lo reflejan. Sin embargo, el carácter del Derecho Bancario como derecho profesional, ordenador de la actividad del empresario bancario, hace difícil sustraerse a las normas que regulan su comportamiento con los clientes a la hora de abordar los instrumentos contractuales que fundamentan sus operaciones. La progresiva configuración de la transparencia como un Derecho de conducta está en la base de esta “contaminación” del Derecho del contrato bancario por las normas de defensa del cliente. Como ya se verá al tratar la jurisprudencia española y comunitaria sobre la transparencia, este concepto acaba siendo un principio informador incardinado en el Derecho Privado¹⁰⁵.

¹⁰⁵ Vid. M. ARAGÓN firma que el “Banco de España no tiene poder para regular las relaciones económicas entre particulares, sino entre la Administración y las entidades de crédito”, pronunciando se en contra de la habilitación de la Orden Ministerial de 12 de diciembre de 1989 en favor de que el Banco de España desarrolle normas en aplicación del artículo 48.2 de la LDIEC. El hecho de que esta sentencia del TJUE de trascendencia contractual al Preámbulo de una Circular pone en tela de juicio la citada posición

Pasando al estudio de la Sentencia del Tribunal europeo, nos encontramos con una decisión prejudicial instada por un Juzgado de 1^a Instancia de Palma de Mallorca sobre una acción de nulidad por abusiva de una cláusula de revisión de tipo de interés, referenciándolo al denominado “índice IRPH”. No nos detendremos en la jurisprudencia, a veces contradictoria, que ha generado la aplicación de este índice, que se tratará en la parte de este estudio dedicada a la aplicación del principio de transparencia en los contratos bancarios, sino única y exclusivamente a la aplicación del contenido de una Circular del Banco de España al juicio sobre transparencia de la cláusula, de forma que una disposición siempre considerada “administrativa” deviene en fundamental a la hora de determinar la posible nulidad de una cláusula por abusiva.

Supuesto de hecho. - En la cláusula controvertida se utiliza como índice de referencia el citado IRPH, al que se añade un diferencial positivo del 0,2 o de 0,5%, según se utilice el índice de entidades de crédito o el de bancos. Asimismo, se hace una referencia al hecho de que dicho índice está regulado por la Circular 8/1990 del Banco de España.

La controversia surge en torno a la no aplicación del contenido del Preámbulo de la citada Circular, en la que, al describir el índice y su funcionamiento, propone la conveniencia de aplicar un diferencial positivo, ya que el IRPH incluye las comisiones, por lo que siempre es más alto que otros índices, que no las incluyen. Para los recurrentes, la entidad de crédito debería haber informado del contenido del Preámbulo de la Circular o haberlo aplicado, en consonancia con su contenido, rebajando el diferencial y no subiéndolo. Por su parte, la entidad de crédito alegaba que la cláusula había sido negociada con el cliente y que, por tanto, no se aplicaba el régimen de condiciones generales de la contratación. Igualmente, esta parte alegaba que se trata de un índice publicado de forma oficial, cuyo contenido y evolución son accesibles a los consumidores.

El juzgado remitente estima que puede ser contrario a la buena fe exigible el no haber informado del contenido completo del Preámbulo, así como crear un perjuicio al interés de los consumidores, por ser ese importe siempre superior a otros aplicables. Se reconoce la falta de fuerza normativa del Preámbulo de la Circular, pero se estima que contiene una información necesaria para que el consumidor pueda adoptar una decisión fundada en cuanto a la adhesión a las condiciones generales. Por otro lado, el propio contenido del Preámbulo de la Circular permite estimar la existencia de un claro desequilibrio de las prestaciones nacidas del contrato, reforzando aún más el posible carácter abusivo de la cláusula.

Por último, y antes de formular las cuestiones prejudiciales, el juzgado remitente introduce la Directiva sobre prácticas comerciales desleales (Directiva 2005/29), para que

doctrinal. ARAGÓN REYES, M., “Las fuentes. En particular el problema de los Estatutos de los Bancos y de las Circulares del banco de España”, *op. cit.*, pp. 19-46.

los principios y normas que informan su existencia puedan ser utilizados como guía para la valoración del carácter abusivo de una cláusula, como ha fijado, según el juzgado remitente, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Una práctica comercial desleal “*distorsiona o puede distorsionar de manera sustancial el comportamiento económico del consumidor*”, resultante de la privación al mismo de una información relevante, como en este caso. La vinculación en este tipo de pleitos de las dos Directivas, la de cláusulas abusivas y la de prácticas comerciales desleales, queda confirmada por gran número de pronunciamientos del Tribunal europeo, como se desarrollará en este trabajo.

Cuestiones prejudiciales. – El Tribunal europeo no admite cuatro de las cinco cuestiones prejudiciales planteadas. Tres de ellas porque se refieren a la aplicación al caso de la Directiva 2005/29, la cual fue incorporada al Derecho español en fecha posterior a la de celebración del contrato (12 de mayo de 2006), no procediendo que el Alto Tribunal se pronuncie sobre hechos a los que no se aplicaba en el momento de su producción el derecho comunitario objeto de la cuestión prejudicial. Otra cuestión no es tratada por defectos en su formulación, por lo que sólo se va a pronunciar el Tribunal por la cuarta cuestión, que se centra en la aplicación de los artículos 3.1, 4 y 5 de la Directiva 93/13, esto es si la cláusula por la cual no se aplican el diferencial negativo previsto en el Preámbulo de la Circular convierte a la misma en abusiva y, por tanto, en nula. La presentación del índice IRPH de forma que parece ser equivalente al euríbor, sin las correcciones de la Circular, resultaría, así, engañosa para el cliente, al crearle una falsa sensación de equivalencia.

Resolución del caso. – El Tribunal europeo no se pronuncia sobre el carácter abusivo de la cláusula en sí, siguiendo las propias reglas de funcionamiento de este y su ámbito de competencias, como supremo intérprete de la normativa comunitaria. Por lo tanto, lo que la sentencia hace es orientar al juez remitente sobre los criterios a utilizar a la hora de pronunciarse sobre la validez o nulidad de las cláusulas de que se trate. Sobre el concepto de transparencia, se recuerda la importancia de esta a la hora de valorar la abusividad o no de una condición general (“*...reviste una importancia fundamental para el consumidor disponer, antes de la celebración del contrato, de información sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración*”).

Se recuerda cómo la exigencia de transparencia se debe referenciar a un consumidor medio “normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz” y que constituye uno de los elementos que deberán tenerse en cuenta para apreciar si la cláusula es abusiva; no obstante, niega que el hecho de que la cláusula no esté redactada de manera clara y comprensible no le hace abusiva, debiéndose hacer un juicio sobre las circunstancias de la contratación y sobre el resto de las cláusulas.

La resolución da unas pistas para que el juez nacional se pronuncie sobre el carácter abusivo, basándose en el hecho, al parecer trascendental, de que sólo se mencionó una de

las Circulares que se refieren al IRPH en el literal de la cláusula (la 8/1990, referida a su cálculo), pero no se menciona la 5/1994, que contiene el Preámbulo en el que se hace una consideración, como ya hemos visto, sobre los problemas de aplicarla sin ningún tipo de corrección. En concreto, el Tribunal dice:

“Los artículos 3, apartado 1, 4 y 5 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, deben interpretarse en el sentido de que, para apreciar la transparencia y el carácter eventualmente abusivo de una cláusula de un contrato de préstamo hipotecario a tipo de interés variable que designa, como índice de referencia para la revisión periódica del tipo de interés aplicable a ese préstamo, un índice establecido por una circular que fue publicada oficialmente y al que se aplica un incremento, es pertinente el contenido de la información incluida en otra Circular de la que se desprende la necesidad de aplicar a ese índice, dado su modo de cálculo, un diferencial negativo a fin de igualar dicho tipo de interés con el tipo de interés del mercado. También es pertinente determinar si esa información es suficientemente accesible para un consumidor medio.”

Por ello, deberá valorarse si el consumidor medio fue capaz de adivinar la existencia de esa segunda Circular como elemento de juicio, más o menos importante, según el criterio del juez nacional, para valorar si el predisponente ha actuado de buena fe y si el consumidor ha tenido los elementos de juicio, o de búsqueda, necesarios para formarse una opinión suficiente para la adhesión al contrato. En todo caso, se admite la pertinencia de esa disposición administrativa para evaluar la concurrencia o no de la transparencia exigida.

Conclusiones. –

- La sentencia comentada recoge los principales hitos en los que se basa la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Justicia sobre la transparencia, pero contiene un elemento novedoso en cuanto se tiene que enfrentar a la consideración de cómo una norma “administrativa”, todavía más, el contenido del Preámbulo de una norma de este tipo puede influir en la calificación de un contrato como abusivo y, en su caso, establecer su nulidad por falta de transparencia.
- Si más arriba habíamos hablado de cómo el artículo 7 b) de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación puede interpretarse al hablar de “ la normativa específica” sobre el sector o materia de que se trate de cara a valorar la transparencia de dichas condiciones, esta sentencia permite atisbar cómo esa normativa englobaría todas aquellas, independientemente de su calificación como “de Derecho Privado” o de “Derecho Administrativo”, que definen el nivel de diligencia exigida al profesional predisponente en su actuación con respecto al consumidor. Así, el contrato bancario sometido a condiciones generales saldría, en cuanto a su regulación, del ámbito de las normas civiles y mercantiles

consideradas en su sentido estricto, para incluir todo un conjunto de normas “de conducta” que influirían incluso en su calificación como nulo o válido por aplicación de las normas reguladoras de su transparencia.

3.3. Las leyes especiales reguladoras de algunos contratos bancarios

Independientemente de cómo las sucesivas normas que afectan a la actividad de las entidades de crédito han modificado el contenido del artículo 48.2 de la LDIEC, nos vamos a referir a las normas que, siempre procedentes del legislador comunitario, regulan algún tipo de contrato bancario. Prescindiremos de las que afectan a las condiciones generales de la contratación o defensa del consumidor, dado que serán objeto de estudio en cuanto a la configuración del principio de transparencia por la jurisprudencia nacional y comunitaria.

Las citadas normas van a ir reflejando la evolución de las técnicas de defensa de los intereses del consumidor bancario a lo largo del tiempo, de forma que en la *Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario* aparecerá todo el plantel de técnicas que configura el Derecho de conducta financiera en la Unión Europea y que ya hemos visto al tratar la evolución de esa materia en el ámbito del seguro. Completarán un marco que en dichas normas de seguro se sistematizó antes, a través de las normas reguladoras de la solvencia y reguladoras de la distribución de los productos aseguradores.

Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios.-

Esta Ley no surge de la necesidad de trasponer una norma comunitaria, sino que es una norma “nacional” que surge en una situación concreta de mercado, como fue la situación de descenso de tipos de los tipos de interés y la posición del legislador en el sentido de que el deudor pudiera beneficiarse de tal situación, facilitando la modificación de las condiciones del préstamo hipotecario, bien permitiendo el cambio de acreedor bancario, bien modificando las condiciones del préstamo vigente, con una reducción de los tipos aplicables. Se trata, pues, de reducir, por la vía de la norma legal, las cargas que la solemnidad de los préstamos hipotecarios implica, controlar las comisiones que se pueden imponer en estas operaciones y establecer unas normas para que estas operaciones de modificación o subrogación protegieran los derechos del prestatario, el cual es considerado digno de protección en todo caso, dado que no se limita su ámbito a los consumidores. Su vinculación con el Derecho Privado se justifica tanto en el Preámbulo como en el artículo 2 en el sentido de establecer que la Ley lo que trata es completar el régimen que el artículo 1211 del Código Civil fija para la subrogación convencional. Por tanto, le da un carácter de norma de Derecho Privado, por lo que podría decirse que el artículo 2 (“Requisitos de la subrogación”) regula el proceso precontractual para que la subrogación convencional del Código Civil pueda llevarse a cabo en este caso concreto.

Interesa a nuestros efectos mencionar la dinámica de este negocio jurídico de subrogación, cuyos dos hitos son la oferta vinculante y la aceptación de la oferta.

Al regular la oferta vinculante el legislador se ocupa de regular su contenido imperativo (gastos y su distribución, comisiones y condiciones financieras), reflejándose el mismo en un documento informativo, que anuncia los documentos normalizados que se irán consolidando en la normativa financiera comunitaria, como elementos fundamentales del proceso precontractual.

La aceptación de la oferta conlleva una serie de obligaciones por parte de la entidad acreedora con vistas a facilitar la operación (certificación del importe pendiente en un plazo limitado).

Independientemente de la aplicación práctica de esta Ley, que más que otra cosa supuso una renegociación a la baja de los tipos de interés aplicables en los préstamos vivos de las entidades de crédito, es la regulación del período precontractual lo que pueden interesarnos, junto con el desarrollo normativo que supone la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios.

Hemos visto cómo el Preámbulo de la Circular que desarrolla esta Orden (Circular 8/1994) ha llegado a influir en la reciente sentencia del Tribunal Europeo de Justicia de la Unión Europea de 13 de julio de 2023, por cuanto Orden y Circular van a fijar unos baremos de transparencia en este tipo de contratos, completando, a través de la modificación del artículo 48.2 de la LDIEC, el régimen de transparencia de los préstamos hipotecarios a interés variable.

La Orden Ministerial desarrollará la Ley a través de la regulación del folleto informativo (con su Anexo detallándolo), de la oferta vinculante y las cláusulas financieras del contrato, desarrolladas asimismo en un Anexo, destacando el régimen aplicable a los préstamos de interés variable. Hay, por tanto, un régimen “sustantivo” contractual y otro “procedimental”, que influirá en la calificación que a efectos de la transparencia deberá en su caso el juez emitir, si se plantea la validez o no de una cláusula precisamente por falta de transparencia.

En conclusión, teniendo como fuente un precepto del Código Civil, se desarrolla toda una serie de normas de distinto nivel jerárquico, pero basadas en autorizaciones legales, y de distinta naturaleza, en la medida en que las Circulares del Banco de España no puedan considerarse Derecho Privado desde la óptica de la doctrina. Sí podemos adelantar que la infracción de las normas aplicables a la entidad de crédito en sus relaciones con sus clientes llevará aparejadas sanciones administrativas, si bien, la influencia en el contrato vendrá a través de la valoración de la transparencia exigible, considerando que todo este conjunto de normas forma lo que el artículo 7 b) de la Ley de Condiciones Generales de

la Contratación define como “normativa específica” aplicable a la transparencia del contrato. Por último, hay que reseñar la importancia que las labores de supervisión, en este caso del Banco de España, van a tener en cuanto a la efectividad de estas normas. Ámbito administrativo (de supervisión del mercado) y ámbito privado se basarán en las mismas normas, generarán distinto tipo de actuaciones (sentencias o resoluciones administrativas), pero se dirigirán hacia la misma finalidad de protección de los consumidores.

La Ley 16/2011, de Contratos de Crédito al consumo¹⁰⁶.

Puede decirse que es la última de las leyes que van incorporando al derecho español las sucesivas Directivas comunitarias sobre crédito al consumo. En concreto, esta, de 2011, incorpora la Directiva 2008/48/CE, derogando la Ley 7/1995, que a su vez trasponía al ordenamiento nacional la Directiva 87/102/CEE. La necesidad de consolidar un mercado único de servicios financieros minoristas, objetivo del Plan de Acción de Servicios Financieros (Comunicación de la Comisión de 11 de mayo de 1999) está detrás de esta última reforma, que persigue el ya doble y clásico objetivo de mejorar la competencia en el mercado de servicios financieros y de proteger de manera semejante al consumidor en el ámbito de la Unión.

En el Preámbulo de la Ley 7/1995 se menciona cómo dicha norma afecta al régimen de Derecho Privado sobre los contratos (Código Civil y de Comercio, Ley de ventas a plazos de bienes muebles y Ley Cambiaria y del Cheque), al regular aspecto del “perfeccionamiento, eficacia y ejecución” de estos. Su ámbito no excluye a los contratos en los que el prestamista es una entidad de crédito, por lo que se entiende que sus normas rigen este tipo de préstamos si el prestatario es un consumidor de crédito. A reseñar cómo se menciona “el perfeccionamiento” de estos contratos, por lo que la fase precontractual y el principio de transparencia que ordena estos contratos que incluyen condiciones generales son plenamente afectados por esta norma, y la posterior de 2011, como definidoras del régimen de Derecho Privado que les es aplicable. No obstante, se contempla que la vulneración de las normas establecidas en la Ley se considerará una infracción de las normas de consumo sancionables administrativamente por los organismos competentes para ello.

Sin embargo, la Ley 16/2011 no hace mención ni en su Preámbulo ni menos aún en su articulado a las normas de Derecho Privado a las que su contenido puede afectar, dejando en el aire si hay continuidad en esa posición respecto de lo que estas normas especiales influyen en el Código Civil y en el Código de Comercio, por lo que en la práctica han

¹⁰⁶ BOE núm. 151, de 25/06/2011.

sido las sentencias del TJUE las que han aplicado las reglas de estas normas especiales a la noción de transparencia, como veremos al tratar la jurisprudencia comunitaria.

3.4. Mecanismos de protección del consumidor bancario

En la Ley de 1995, como ya hemos dicho, se incide en la información precontractual, llevando a la declaración de nulidad de los contratos que no consten por escrito, en un enfoque que rompe el principio espiritualista de nuestro Derecho Privado, convirtiendo estos contratos en formales, como principio protector de los consumidores. No obstante, la Ley 16/2011 fijará como consecuencia de la falta de forma escrita la anulabilidad de los contratos (artículo 21.1). Igualmente introducirá la oferta vinculante como un paso necesario en la negociación precontractual, técnica que persigue tanto la protección del consumidor como el incremento de la competencia entre operadores (“permitir el contraste entre las diferentes ofertas”).

Por último, se regularán conceptos que afectan al objeto esencial del contrato, como el coste total del crédito y la tasa anual equivalente en el mismo contexto de mejora de la competencia y de la transparencia del proceso precontractual.

La ley 16/2011 recogerá la principal motivación de la *Directiva 2008/48 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la Directiva 87/102/CEE del Consejo*, en el sentido de consolidar un mercado minorista de servicios financieros en el marco del contrato de crédito al consumo, detallando aún más el contenido de la información a suministrar al consumidor en la fase precontractual, así como el propio contenido del contrato, intentando captar las principales manifestaciones de estos contratos (descubiertos, contratos vinculados, contratos indefinidos,...) y situaciones (cesiones, rembolsos anticipados, derecho de desistimiento,...). Recoge, de este modo todas las normas que regulan la normativa de transparencia aplicables a este tipo de contratos¹⁰⁷. Por último, como un enfoque del legislador comunitario que manifiesta las experiencias de la crisis de 2008, se imponen reglas sobre el necesario estudio de la solvencia del prestatario. La normativa sobre créditos hipotecarios recogerá también estas exigencias.

¹⁰⁷ U. NIETO entiende que “...la normativa de transparencia debería adoptar rango de ley formal para evitar todo género de dudas, como ocurre con la Ley 2/2009 sobre préstamos hipotecarios... La nueva Ley incluiría a todos los clientes, no sólo a los consumidores (es decir, a los adherentes de la LCGC)”. NIETO CAROL, U., *Transparencia y protección de la clientela bancaria*, op. cit., p 214 del “Capítulo III: Normativa sectorial de transparencia y protección de la clientela bancaria”

Ley 2/2011, de 4 de marzo de Economía Sostenible¹⁰⁸.-

Se articula esta Ley como una reacción de urgencia a la crisis financiera y económica internacional generada a partir de 2008, con la finalidad de mejorar el funcionamiento de los sectores regulados, dedicando el párrafo primero de su artículo 29 a fijar normas que garanticen el “préstamo responsable”, evitando el elevado nivel de morosidad que puso de manifiesto la crisis en el sector bancario. Por su parte, el párrafo segundo, bajo la forma de autorización al Ministro de Economía y Hacienda para dictar normas, fija el contenido de las normas sobre transparencia de las “condiciones financieras de los préstamos hipotecarios y de crédito al consumo”. En el mismo texto se advierte que las normas que ese dicten en virtud de esa autorización “...tendrán la condición de normas de ordenación y disciplina...”. Se vincula, así, con el ya citado artículo 48.2 de la Ley Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, precepto que menciona para advertir que sus normas no quedan derogadas por esta Ley, sino que, en todo caso, se completan. La Ley 10/2014 derogará este párrafo segundo para incluir el régimen de transparencia en su artículo 5, que se verá a continuación.

La preocupación del legislador por la crisis económica se mantiene al regular la información que la entidad de crédito deberá recoger relativa a la solvencia del potencial prestatario, remitiéndose a las normas que sobre control interno y gestión de riesgos deben disponer las entidades de crédito o prestamistas en general.

4. RÉGIMEN ACTUAL DE TRANSPARENCIA BANCARIA

Tras las sucesivas normas que han ido recogiendo, y adaptándose sucesivamente, el régimen de protección de la clientela bancaria, el sistema actual de protección gira en torno a dos normas con rango de Ley:

1. La Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito, que, en su artículo 5 reproduce el sistema de protección que ya instaurara la Ley de Disciplina e Intervención de Entidades de Crédito de 1988, en el que se otorgan poderes delegados para desarrollarlo al titular del Ministerio correspondiente (en el momento de su promulgación el Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital); y la
2. Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario.

1.- La Ley 10/2014 se enmarca, como así establece su artículo en el conjunto de normas de ordenación y disciplina de las entidades de crédito, lo que incluye el contenido de su artículo 5. Es decir, se trata de una norma que se incluiría en lo que podría denominarse como “estatuto jurídico del empresario de crédito”, ordenando su actividad en el aspecto

¹⁰⁸ BOE núm. 55, de 05/03/2011.

propriamente prudencial (estabilidad de la empresa financiera y del propio sistema financiero) y en el de funcionamiento eficiente del mercado, que exige un mismo nivel de protección y de información al cliente, proyectándose al Mercado Único de la Unión Europea. Su intención disciplinaria se proyecta en el poder sancionador de la Administración Pública, recogiendo los artículos 92 k) y 93 n) una infracción muy grave en el primer precepto y grave en el segundo, como consecuencia de “...incumplir el deber de veracidad informativa debida a sus socios, contrapartes financieras, clientes y público en general...”. En ese deber de veracidad debe entenderse incluidas todas las conductas que son exigibles a la entidad de crédito en su relación con sus clientes, si bien, como las resoluciones judiciales sobre transparencia han puesto de manifiesto, tales conductas pueden exceder del ámbito de lo puramente administrativo o supervisor y afectar a la propia validez de los contratos y a las relaciones jurídicas nacidas de ellos. En consecuencia, se obliga en el artículo 5 a desplegar un tipo de conducta con el cliente, pero la infracción de esos deberes puede conllevar consecuencias en el ámbito del Derecho Privado a través de las exigencias de transparencia derivadas del régimen aplicable a las condiciones generales de los contratos. También se contempla una infracción en el artículo 93 s) en caso de inexistencia o mal funcionamiento del servicio de atención al cliente.

La estructura y contenido que presenta el citado artículo 5 en el momento presente es el resultado de las modificaciones introducidas por la Disposición Final Tercera de la Ley 18/2022, de 28 de septiembre, de creación y crecimiento de empresas¹⁰⁹. Debemos subrayar los cambios que se producen entre la redacción del año 2014 y la que resulta de la reciente Ley 18/2022. Y ello porque, además de puntualizar aspectos que derivaban de los pronunciamientos judiciales en materia de préstamos hipotecarios, incorporan al derecho bancario español los mismos principios y herramientas de defensa del consumidor de crédito que ya se han consolidado en la normativa sobre seguros e instrumentos financieros en el Derecho de la Unión Europea.

4.1. Contenido original del artículo 5 de la Ley 10/2014

Como ya hemos dicho, sigue la misma estructura y contenido que su precedente en la Ley de Disciplina e Intervención de Entidades de Crédito, relacionando las materias que, por delegación, puede regular la autoridad administrativa (“El Ministro de Economía y Competitividad”). Junto a dicho contenido, se incluyen una serie de disposiciones de carácter material, pues definen características de los contratos bancarios, que definen cuestiones básicas de su régimen jurídico:

- Formalización por escrito, en formato electrónico o en soporte duradero de los contratos sobre servicios o productos bancarios [actual 5,2 a)]. Al haber expresado

¹⁰⁹ BOE núm. 234, de 29/09/2022.

la Ley su carácter de ordenación de la actividad bancaria debe descartarse que se modifiquen los principios de consensualidad de los contratos en lo afectante a estos;

- Requisitos exigibles a las comisiones: sólo por servicios solicitados en firme o aceptados expresamente y que obedezcan a servicios o gastos reales [actual 5.2 b)];
- Transparencia de las condiciones básicas de comercialización o contratación. Debe entenderse que este precepto regula la forma frente a lo que el punto anterior [a)], que se refiere al contenido. No obstante, incluimos este punto en el orden material por la importancia que el concepto de transparencia ha cobrado al amparo de las sucesivas sentencias del Tribunal Supremo español y Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea. Ello nos lleva a concluir cómo disposiciones administrativas pueden enmarcar y delinear un rasgo de estos contratos cuya vulneración podría conllevar consecuencias de Derecho Privado, en concreto la nulidad por falta de transparencia, en un proceso en el que el derecho contractual bancario pierde su naturaleza privada y la comparte con las normas de naturaleza pública o administrativa;
- El ámbito de las normas, que se extiende a contratos de naturaleza semejante a la de los contratos y servicios bancarios, aunque quien intervenga no sea entidad de crédito. Debe entenderse que los mediadores y asesores entrarían en esta categoría, en un ejercicio por el legislador de ampliar el ámbito de normas de ordenación a sujetos no afectados por ese estatuto jurídico. La Ley sobre préstamos hipotecarios incluirá a dichos intermediarios de forma expresa en su ámbito.

Además de estos preceptos, se da poder de desarrollo a la autoridad administrativa en materias relativas a las siguientes materias:

1. Información precontractual sobre el contenido de los contratos [5 a)], incluyendo el seguimiento de estos. Aprovecha para incidir en los conceptos clave como claridad y fijar contenidos mínimos, como los riesgos y la “transparencia de las condiciones” y que el cliente conozca que se ajusta a sus necesidades y perfil. De nuevo, pues, vemos como se integra en el concepto de transparencia y las circunstancias que la garantizan, por lo que de nuevo vemos cómo el contenido de normas administrativas puede derivar en consecuencias sobre el contrato. Por último, se autoriza a la autoridad administrativa a fijar las cláusulas que estos contratos deberán contener, si bien no parece que se refiera al contenido concreto de la condición, sino al objeto de estas;

2. Como ya hemos mencionado, se nombra la transparencia [5 b)], incluyendo la “comercialización”, la forma de comunicación de las condiciones de los contratos, reiterando la posibilidad de establecer condiciones básicas de los servicios o productos bancarios. Se reitera, por tanto, el uso del término “transparencia”, en un plano retórico o amplio, cuya importancia se desvelará cuando con ocasión de la reforma de este artículo a través de la disposición final 4.1 de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario se establezca que “...*las condiciones incorporadas de modo no transparente en los contratos en perjuicio de los consumidores serán nulas de pleno derecho*”. Entre medias ha surgido toda una doctrina jurisprudencial del TJUE acerca de la interpretación del término transparencia y su incidencia en el contrato.
3. La actividad publicitaria de los servicios y productos bancarios [5 c)]. Ámbito este que el supervisor bancario ya controlaba y que se somete ahora a principios propios de la transparencia contractual (claridad, suficiencia, objetividad y no engañoso). Integrar la fase publicitaria, ajena a la relación directa cliente-empresario en el ámbito precontractual, se ha consolidado en el enfoque del legislador comunitario de servicios financieros. Como último ejemplo, la Propuesta de Directiva “Ómnibus”, de 24 de mayo de 2023 que enmienda varias normas de seguros e instrumentos financieros para introducir el control sobre las “comunicaciones y prácticas comerciales”.
4. Especialidades de la contratación electrónica [5 d)]. Este ámbito es de especial interés para el legislador comunitario, que sucesivamente va actualizando sus normas, tanto las que afectan a todos los servicios financieros (Véase la Directiva (UE) 2023/2673 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de noviembre de 2023, por la que se modifica la Directiva 2011/83/UE en lo relativo a los contratos de servicios financieros celebrados a distancia y se deroga la Directiva 2002/65/CE), como a las normativas sectoriales.

4.2. Reformas introducidas por la Disposición Final Tercera de la Ley 18/2022, de 28 de septiembre, de creación y crecimiento de empresas

Al promulgarse la Ley 18/2022 ya estaba en vigor la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, así como otras normas en el ámbito comunitario. Por ello se introducen algunos párrafos en el citado artículo 5 que tiene como finalidad responder a algunos problemas suscitados por la jurisprudencia nacional y comunitaria sobre índices aplicables a los contratos a interés variable e incluir técnicas u obligaciones con los clientes ya en vigor en los sectores de seguros y de instrumentos financieros.

1. El nuevo punto 1 del artículo 5 fija un principio general de conducta para las entidades de crédito, como ya figura en otras normas financieras comunitarias, con unos rasgos propios:
 - Honestidad;
 - Imparcialidad;
 - Transparencia;
 - Profesionalidad;
 - Respeto a los derechos e intereses de la clientela

Se regula la información con arreglo a los principios generales que exige la transparencia financiera: claridad, suficiencia, objetividad, no engañosa.

Como ya se regula en otras normas comunitarias, estas obligaciones de información se proyectan “en todo momento”, acogiendo así el carácter de contrato de trato sucesivo de los de carácter financiero.

2. Se abre la posibilidad de que la autoridad administrativa regule más allá de lo establecido por la Ley 5/2019 reguladora de los contratos de crédito inmobiliario obligaciones de información aparte de los documentos allí regulados (Ficha Europea de Información Normalizada y Cálculo de la TAE)
3. Como parte de las competencias que se delegan en la autoridad administrativa figura la posibilidad de dictar normas en materia de Gobierno de Productos (“POG”, por sus siglas en inglés). Se trata de desarrollar el contenido de un nuevo párrafo en el artículo 29, en donde se establecen estas nuevas obligaciones dentro del armazón legal de las normas de ordenación, ya con el contenido de unas auténticas normas de conducta.

4.3. El entramado normativo “POG”

El 22 de marzo de 2016, la Autoridad Bancaria Europea¹¹⁰ (EBA, por sus siglas en inglés) aprobó la Directrices sobre supervisión y gobierno de los productos bancarios al por menor. La Directriz se fundamenta en lo previsto en el artículo 16 del Reglamento 1093/2010 de creación de la Autoridad, en cuanto a su competencia para dictar Directrices, y en el artículo 74.1 de la Directiva 2013/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013 relativa al acceso a la actividad de las entidades de

¹¹⁰ *Vid. LIDÓN LARA ORTIZ, M., La supervisión bancaria europea*, McGraw-Hill Interamericana de España, Madrid, 2021. Parte de un concepto amplio de supervisión, que incluye la búsqueda de estabilidad financiera, junto a la tradicional de inspección, y que incluiría el buen funcionamiento del mercado en sus relaciones con los clientes (página 3).

crédito y a la supervisión prudencial de las entidades de crédito y las empresas de inversión. Dicho artículo regula el “Gobierno interno y los planes de rescate y resolución”, incluyendo en su contenido todo lo relativo al gobierno corporativo y a la organización interna de las entidades de crédito, entendiendo la EBA que la relación con la clientela que reúne la condición de consumidor entra dentro del marco de las obligaciones de un buen control interno. Dichas Directrices fueron aceptadas por el Banco de España el 6 de mayo, entrando a formar parte del acervo del supervisor bancario español.

Con la Ley 18/2022 se les da a estas obligaciones derivadas del gobierno de productos un rango legal, por lo que se igualaría a lo ya vigente en los ordenamientos de seguro y de instrumentos financieros. Así, este nuevo punto 8 del artículo 29 reproduce lo que ya contienen otras normas de seguro y de instrumentos financieros, con una mención general a la necesidad de que la entidad de crédito implemente esas políticas y sistemas de control interno “para la efectiva aplicación y el mejor cumplimiento de la normativa de ordenación y disciplina reguladora de la conducta de las entidades y la protección de la clientela bancaria”, por lo que se reconoce de forma explícita la normativa de conducta. Además, y de forma particularizada introduce términos ya consagrados en otras normas sectoriales, como diseño de productos, mercado objetivo y canales de distribución. Incluye también la política de remuneraciones, ajeno al ámbito de conducta, y las ventas combinadas y vinculadas de productos dirigidos a los clientes minoristas, ventas muy conectadas con las preocupaciones de la normativa sobre conducta. Completa la reforma la extensión de la infracción prevista en la letra x) del artículo 92 a los incumplimientos de relevancia derivados de las obligaciones que el artículo 29.8 imponen a las entidades de crédito.

Modificaciones afectantes a los índices sobre tipos de interés.– Recogiendo las cuestiones derivadas de la jurisprudencia nacional y comunitaria, relacionado con la manera de informar sobre estos elementos esenciales en los contratos de crédito a interés variable, en el punto 4 del artículo 5 se impone como requisito que dichos índices deberán ser “claros, accesibles, objetivos y verificables”, así como que los proveedores de estos índices deberán conservar registros históricos de dichos índices. Con ello se intentan paliar las deficiencias encontradas por ciertos pronunciamientos judiciales en cuanto a los elementos que el consumidor debe disponer para proceder a la contratación de este tipo de contratos de crédito.

4.4. La Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario

La necesidad de trasponer la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de febrero de 2014 sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial está en el origen de esta Ley, que regula un

contrato en el que la posición del consumidor frente al prestamista es especialmente frágil, en la medida en que hace nacer una relación jurídica que se prolonga durante un plazo considerable de tiempo, dada la naturaleza del bien cuya adquisición de financia, de importe elevado, teniendo un interés social de entidad, por recoger el artículo 47 de la Constitución el derecho a disfrutar e una vivienda digna y comprometer a los poderes públicos a hacer efectivo este derecho.

Por otra parte, la jurisprudencia, tanto nacional como comunitaria se ha pronunciado sobre distintos aspectos de la relación hipotecaria en sucesivas sentencias, que tienen como objeto determinar la abusividad de las cláusulas contenidas en estos contratos, principalmente las dedicadas a regular los contratos con tipos de interés variable referenciado a un índice o respecto a las cláusulas sobre gastos o sobre la ejecución del préstamo en caso de impago¹¹¹. Como se verá más adelante, esta creación jurisprudencial ha sido determinante para delimitar el concepto de transparencia exigible en las cláusulas contractuales, incorporando gran parte de los pronunciamientos judiciales en el articulado de la Ley.

La consecuencia del contexto normativo, jurisprudencial y social en el que se promulga la Ley es el establecimiento de todo un catálogo de medidas protectoras de la posición jurídica del prestatario, que configuran todo un derecho bancario del consumidor, en el que hay dos ejes sobre los que gira dicha protección: la conducta y la transparencia. Ambos conceptos proyectan dos ámbitos de protección: el grado de diligencia profesional exigible al prestamista y los medios de los que debe disponer el cliente o consumidor para entrar en la relación contractual. El primero se puede englobar en las normas de ordenación cuyo incumplimiento llevaría a una sanción de las autoridades de control sobre el sector. Los requisitos que se establecen para la fase precontractual se integrarían en un derecho de transparencia cuya interpretación afectaría al cumplimiento de las normas del contrato, y, en suma, del Derecho Privado.

Rasgos generales de esta Ley.-

Con arreglo a lo que el legislador ha incluido en su Exposición de Motivos, y de forma coherente con este enfoque totalizador de la relación jurídica de garantía hipotecaria, podemos reseñar los siguientes rasgos:

- Recuperar la confianza del prestatario, lo cual se explica por la experiencia judicial y administrativa que el mercado español sufrió en los tiempos anteriores a la norma;
- Potenciación de la seguridad jurídica. Como ya hemos visto, el legislador hace un despliegue de todas las técnicas de protección del consumidor, resumidas en la

¹¹¹ *Vid. infra*, Capítulo posterior, pero, ante todas, la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 sobre préstamos hipotecarios que incluyen “cláusula suelo”.

- transparencia (consolidando en la Ley el término de “transparencia material”); comprensión de los contratos y sus cláusulas; y justo equilibrio de las partes (imponiendo o regulando condiciones a través de un sistema de imperatividad de normas);
- Fijación del nivel de diligencia exigible. Afecta a las propias entidades de crédito y a los intermediarios que actúan en el asesoramiento y preparación del contrato. La asimetría del consumidor en el contrato explica que se refuerzen las exigencias de la conducta exigible al profesional, de forma que el legislador abandona la posición que basaba esa conducta en el mero suministro de información o, en su caso, de advertencias frente a ciertos productos o condiciones contractuales. Lo anterior conlleva la imposición de un plus de responsabilidad al profesional actuante.
 - Ámbito subjetivo. Frente al de la Directiva, sólo aplicable a los consumidores, la Ley 5/2019 sigue el enfoque ya consolidado en la normativa española de proteger al cliente no consumidor, procedente de las primeras normas de protección de la clientela derivadas de la Ley de Disciplina e Intervención de Entidades de Crédito. En materia de créditos hipotecarios, la Orden EHA/2899/2011, de transparencia y protección de la clientela, consecuencia de la Ley 2/2011, de Economía Sostenible, de 4 de marzo.

Ámbito de aplicación “temporal”.-

Fruto, podemos imaginar, del alto nivel de litigiosidad que la contratación y ejecución de los créditos hipotecarios ha producido en el mercado español, la Exposición de Motivos de la Ley introduce un elemento interpretativo, mediante el cual se define el alcance del nivel de diligencia exigible a la entidad de crédito en la fase precontractual. En concreto, el Preámbulo dice:

“...las innovaciones en la fase precontractual, derivadas de la aplicación de esta Ley, no serán de aplicación, salvo que expresamente se atribuya efecto retroactivo, a la cartera hipotecaria concedida. **Y no lo serán ni siquiera como parámetro de comparación**, en la medida en que nos encontramos ante contratos que se celebraron al amparo de una legislación que determinaba en su integridad los requisitos de transparencia a los que quedan sujetos tales contratos...”

A su vez, la Disposición Transitoria Primera regula de forma más concreta el régimen de los contratos preexistentes, a los que no se aplica la Ley, salvo algún caso determinado de aplicación del derecho al reembolso anticipado por el prestatario. La intención del legislador de evitar múltiples reclamaciones por no haberse cumplido los requisitos exigidos para la fase precontractual no puede soslayar la concepción que los órganos jurisdiccionales tengan a la hora de interpretar la transparencia material o la transparencia informativa. Este nuevo patrón de diligencia que la ley establece puede aplicarse fácilmente si se trata del cumplimiento de obligaciones formales (la entrega de un

documento, la mediación del notario, la entrega de la Ficha Europea de Información Normalizada -FEIN-,...), pero no puede neutralizar el juicio de transparencia que puedes emitir un juez ante un determinado contrato. Al decir el legislador que las innovaciones en la fase precontractual no servirán siquiera como parámetro de comparación no sólo se refiere al cumplimiento de determinadas obligaciones formales en dicha fase, lo cual no necesitaría aclaración porque no se puede estar obligado a lo que la Ley no exige en el momento de la contratación, sino que parece referirse más aun patrón de diligencia que el juez no puede emplear al interpretar la conducta desplegada por el prestamista. Redundando en lo dicho, el problema es que la fase precontractual es la que configura el cumplimiento de los deberes de transparencia material, por lo que aun no siendo obligatorio cumplir ciertas obligaciones de esa fase, la conducta de la entidad de crédito puede ser objeto de escrutinio en el marco del cumplimiento de los principios que amparan al consumidor y que se derivan principalmente de la Directiva 93/13 y de las normas nacionales que la trasponen.

Técnicas de protección del consumidor-cliente.-

Como ya se ha puntualizado, la Ley no deja ni una sola técnica de protección del prestatario fuera de su ámbito, construyendo, así, una recopilación, una codificación, de cómo el legislador puede amparar la posición jurídica del deudor:

1. La irrenunciabilidad de los derechos reconocidos en la Ley (artículo 3). La imperatividad de las normas y la nulidad de cualquier pacto o acto que los contraviniere aparece como un principio del derecho contractual bancario aplicable a los contratos de préstamo con garantía hipotecaria. Ya la Ley de Contrato de Seguro consagró este principio-técnica, que se consagra en este ámbito bancario.
2. La regulación exhaustiva de la transparencia y de conducta. La fase precontractual es profusamente regulada en todos sus aspectos:
 - Establecimiento de una documentación normalizada (FEIN, FIAE);
 - Entrega de borrador del contrato;
 - Información especial en caso de préstamos de interés variable;
 - Obligaciones del notario en la firma de la escritura;
3. La definición del principio de transparencia material. Fruto de la creación jurisprudencial, tanto a nivel nacional como comunitario, el legislador trasciende la identificación de transparencia con el mero suministro de información (“transparencia formal”), y manifiesta que la Ley tiene como objetivo “Garantizar que el prestatario tenga a su disposición la información necesaria para que pueda comprender en su integridad la carga económica y jurídica del préstamo, y que, por tanto, pueda considerar cumplido el principio de transparencia en su vertiente material”. Encomendará al notario autorizante la función de verificación del cumplimiento de este principio, especialmente en caso de cláusulas complejas y

en las que tienen mayor relevancia. Con ello se recoge el lenguaje que, tanto la Directiva 93/13 sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y la jurisprudencia han consagrado.

4. Las normas de conducta de prestamistas e intermediarios en el crédito. El contenido de estas normas es muy amplio, recogiendo las ya consolidadas obligaciones que nacieron en el ámbito de los instrumentos financieros, con la primera Directiva MIFID, y que abarca toda una serie de deberes sobre la relación de la entidad de crédito y del posible intermediario con el cliente:

- Organización interna;
- Conocimientos y competencia del personal;
- Elección del producto conforme a las necesidades del cliente;
- Regulación de las remuneraciones y de los conflictos de interés.

Contempla, pues, los deberes ya consagrados en la normativa de valores y de seguros, superando de forma definitiva la defensa del cliente sobre la base del suministro de información.

5. Derechos irrenunciables del cliente. Las normas que los regulan tratan de evitar la abusividad en cuanto a evitar la ruptura del justo equilibrio de las prestaciones:

- Derecho de reembolso sin cargas y en cualquier momento;
- Favorecimiento de la subrogación y de la novación modificativa en caso de cambio de préstamo variable a fijo;
- Regulación de los casos en los que cabe el vencimiento anticipado del contrato;
- Límites a los intereses de demora;
- Regulación de las prácticas de venta vinculadas y combinadas. Si bien en principio se prohíben estas prácticas de venta, se regulan algunas excepciones sobre la contratación conjunta de algunos seguros junto a la operación crediticia, imponiendo algunas obligaciones de conducta y de notificación al prestatario.

Como conclusión, la regulación que la Ley 5/2019 hace del préstamo con garantía hipotecaria consagra en la legislación bancaria española las técnicas y deberes de protección al cliente que ya ha consagrado la normativa de seguros y de instrumentos financieros, en lo que constituye todo un compendio de derecho comunitario del consumidor financiero en el que se instaura un patrón de diligencia profesional en las relaciones de la entidad de crédito y el cliente cuyo cumplimiento depende principalmente de la labor del supervisor de conducta, desplazando la defensa del consumidor de la tutela judicial a la tutela administrativa. Nos encontraríamos ante un marco en el que la eficiencia en cuanto al objetivo de defender al cliente o consumidor se inclinaría hacia el lado de la intervención y vigilancia administrativa frente a la defensa basada en el recurso a los Tribunales de Justicia. Ello se basa principalmente en el carácter complejo y “ex

ante” de las técnicas o procedimientos de defensa, que implican una actuación de carácter preventivo frente a las propiamente represivas de las tradicionales herramientas basadas en el Derecho contractual privado (resolución, anulabilidad, nulidad, vicios en el consentimiento...).

5. LA INTRODUCCIÓN DE LA NULIDAD POR FALTA DE TRANSPARENCIA EN LA NORMATIVA SOBRE CONSUMO Y SOBRE CONDICIONES GENERALES DE LOS CONTRATOS

Las Disposiciones finales cuarta y octava de la Ley 5/2019 modifican la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación y el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre. En ambos casos se establece la nulidad de pleno derecho de “las condiciones incorporadas de modo no transparente”. No obstante, añade “...en los contratos en perjuicio de los consumidores...”.

Por tanto, se reconoce la falta de transparencia de una cláusula como causa de nulidad, sin que el legislador defina el término “transparencia”, salvo la referencia a la transparencia material que la propia Ley 5/2019 hace en su artículo 15, lo que lleva a cuestionar si incluye la transparencia “formal”, sea cual sea el concepto que se esconde tras la misma. Por otro lado, el legislador parece estar pensando en una transparencia cualificada cuando exige para la nulidad que la cláusula perjudique a los consumidores. Adelantándonos a la controversia entre las distintas posiciones del Tribunal Supremo sobre la cualidad de la transparencia como nuevo paradigma o principio general del derecho, que, por su propia naturaleza llevaría a la nulidad del contrato o de la condición general, independientemente de otros factores de abusividad, como el perjuicio al consumidor, la Ley española parece inclinarse por un criterio más restrictivo, exigiendo ese perjuicio para establecer la nulidad.

6. CONCLUSIONES

1. La protección del cliente bancario presenta una manifestación normativa diferente de la del tomador o asegurado, al no disponer de una ley especial que regulara los contratos bancarios en el ámbito del Derecho Privado.
2. Su evolución normativa va a presentar varias etapas:
 - la de protección del cliente a través del suministro de información, incluido en las reglas de supervisión prudencial;
 - la derivada de la normativa sobre condiciones generales de la contratación y protección del consumidor, tanto nacionales como comunitarias;
 - la recepción del principio de transparencia derivado de la jurisprudencia nacional y comunitaria;

- la promulgación de leyes especiales que regulan ciertos contratos bancarios y que incluyen normas de conducta y definen derechos irrenunciables de los clientes que merecen protección.
3. Este Capítulo expone la evolución de todas estas normas, la aparición del principio de transparencia formal y material y la recepción de técnicas de protección del cliente que impregnán el Derecho de los contratos en el mercado financiero, como los formatos normalizados, la disposición de la información en tiempo oportuno, la definición de un patrón de diligencia de la entidad de crédito en interés del cliente y la aplicación de las reglas sobre el Gobierno y Supervisión de los productos.
 4. Se menciona alguna sentencia en la que las normas sobre protección de la clientela se considera que define el nivel de transparencia material que sirva de elemento determinante para estimar la nulidad de un contrato, en un juego de influencia de aquellas normas en la propia existencia del contrato.
 5. A título de ejemplo, la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario muestra la superación del suministro de información como base de la defensa del cliente para establecer normas que obligan al empresario a desplegar una conducta en todas las fases del contrato, que no hace sino consagrar lo que el derecho comunitario ha consolidado como los ejes de la posición del consumidor en los contratos financieros:
 - Principio básico: actuar en el mejor interés del cliente;
 - Diseñar y ofrecer los productos conforme a sus necesidades (“Gobierno de productos. POG”);
 - Proporcionar asesoramiento adecuado y suministrar la información precisa (“transparencia material”);
 - Identificar que pudieran lesionar los intereses del cliente (legislador nacional); y
 - Mantener la conducta adecuada durante toda la relación contractual, en consonancia con el carácter del contrato financiero como de trato sucesivo.
 6. En suma, se aprecia la convergencia de la forma de protección del consumidor o cliente tanto en el ámbito de las entidades de crédito como en los seguros.

La anterior exposición de la evolución normativa de los contratos bancarios debe completarse con la evolución que la jurisprudencia ha mostrado en torno a la interpretación del concepto de transparencia en este tipo de contratos, la cual gira en torno a la característica de estos contratos como uniformes, es decir, como contratos que contienen condiciones generales de la contratación. A ello se une la interpretación de la Directiva 93/13 sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. Se constata, y así se desarrollará en la exposición, que hay una mutua interrelación entre

la evolución legislativa y los hitos que va marcando la jurisprudencia, de forma que aquella trata de resolver los futuros conflictos a través de normas específicas, cuya intención es evitar la gran litigiosidad que ha mostrado la materia en los últimos años.

CAPÍTULO CUARTO. LA EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA EN LA DEFENSA DEL CONSUMIDOR DE PRODUCTOS BANCARIOS Y POSICIONES DOCTRINALES

Hemos visto cómo la normativa bancaria ha evolucionado desde la mera aportación de documentos informativos, del que es muestra las sucesivas órdenes ministeriales que hacen uso de las autorizaciones de las leyes de ordenación bancaria, hasta la exigencia de toda una conducta por parte del empresario bancario, como aparece ya explicitado en la Ley sobre el préstamo con garantía hipotecaria.

El marco previo ha sido el que se basaba en las normas de los Códigos Civil y de Comercio en cuanto a la necesidad de que el contrato se basara en un consentimiento válido en el que no concurriera ningún vicio, según lo establecido en el artículo 1451 (error, fuerza o dolo). En el ámbito de la contratación financiera, por complejidad de los productos o por la asimetría informativa que rige en la misma, es el error el que aparece como elemento a valorar en la prestación de un consentimiento válido, siendo ese el punto de partida sobre el cual girará parte de las resoluciones judiciales para ser invadida progresivamente por la transparencia y su formulación práctica, como veremos.

En esta evolución la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea, se ha revelado como un instrumento de cambio, pues si algo ha caracterizado el mundo jurídico de los contratos bancarios en los últimos años (más de diez, si nos remontamos a la del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2009 – nº

792/2009- anulando algunas cláusulas de los contratos bancarios) es la gran litigiosidad, la cual es el resultado de la confluencia de varios fenómenos que confluyen en una especie de “tormenta perfecta” para que se diera un salto cualitativo en la caracterización del consumidor-cliente bancario en las relaciones jurídicas derivadas de los contratos bancarios:

1. La gran contratación hipotecaria que se produce, que, a título de ejemplo, hace que en 2007 hubiera en tono a un millón setecientas mil constituidas¹¹². En gran parte, estas hipotecas utilizaban tipos variables para la fijación de la cuota hipotecaria. La extensión de producto y la evolución de los tipos a la baja que siguió posteriormente abrió la puerta a controversias que se centraron en la comprensibilidad de las cláusulas que regulaban esta variación;
2. La Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, que tuvo su acogida en la legislación española a través de la Ley 7/1998, de 13 de abril sobre Condiciones Generales de la Contratación, que introdujo un nuevo artículo 10 bis a la vigente Ley 26/1984, General de Defensa de los Consumidores y Usuarios con la definición de “cláusula abusiva” [“Se consideraran cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato”], además de establecer las principales características de su régimen jurídico:
 - No pérdida del carácter de condición general si una cláusula o parte de ella se ha negociado individualmente con el empresario, imponiendo la prueba de la negociación a éste;
 - Valoración de la abusividad con arreglo a las circunstancias del contrato y bienes y servicios de que se trate;
 - Nulidad de pleno derecho de las cláusulas abusivas e integración del contrato por el juez. Ineficacia total del contrato si efectos perjudiciales de la integración.

Por oposición al concepto de profesional que se incluye en su artículo 2, sería consumidor la persona física o jurídica que actúe fuera del marco de su actividad profesional o empresarial, privada o pública.

A su vez, la citada Ley 7/1998 incluía una Disposición adicional primera a la Ley 26/1984 con un listado no exhaustivo de cláusulas consideradas abusivas.

¹¹²

Fuente: <https://es.statista.com/estadisticas/533759/evolucion-anual-de-hipotecas-constituidas-en-espana/>

La derogación de la Ley 26/1984, y su sustitución por el Texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, incorporó el contenido de la Ley derogada en los artículos 80 a 91. En la versión modificada se desarrollan los requisitos de las cláusulas no negociadas individualmente (artículo 80), donde se consagran los ya principios clásicos que rigen estas cláusulas:

- Claridad, sencillez, concreción y “completitud” (no remisión a otros textos);
- Conocimiento previo a la celebración y tamaño mínimo;
- Buena fe y justo equilibrio de las prestaciones;
- Interpretación favorable al consumidor, recogiendo el principio del artículo 1288 del Código Civil¹¹³

En los siguientes artículos se recoge lo anteriormente previsto en la Disposición adicional primera de la Ley 26/1984 y, en su artículo 91 (“Contratos relativos a valores, instrumentos financieros y divisas”) advierte que las cláusulas abusivas relativas a la modificación unilateral de los contratos, a la resolución anticipada de los contratos de duración indefinida y al incremento del precio de bienes y servicios no se aplican a los contratos sobre valores en los que los precios se referencian a un índice o cotización, abriendo la puerta a que las cláusulas que regulan las modificaciones en los tipos aplicables a contratos bancarios no se consideren abusivas por razón de su contenido. Igualmente, el artículo 85 excluye a los contratos financieros de la citada caracterización de cláusulas abusivas, permitiendo así la existencia de ciertas prácticas contractuales existentes en el mundo bancario que dan a la entidad de crédito ciertas potestades para definir los elementos esenciales de su contrato.

Por ello tiene tanta importancia la última modificación del artículo 83 de la citada Ley, introducida por la Ley 5/2019 sobre reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, que menciona la nulidad de pleno derecho de las condiciones no incorporadas de modo transparente en perjuicio de los consumidores. El legislador recoge, de este modo, la doctrina jurisprudencial en cuanto a la nulidad por falta de transparencia en cláusulas reguladoras de elementos esenciales del contrato.

3. La jurisprudencia nacional y comunitaria en aplicación de la Directiva 93/13, que ha sido vista por algún autor como la introducción de un nuevo paradigma en la contratación con condiciones generales, y que se ha glosado en las “Directrices

¹¹³ *Vid. Artículo 1288 del Código Civil: “La interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no deberá favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad”.*

de la Comisión Europea sobre la interpretación y la aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores”, aprobada por la Comunicación de 27 de septiembre de 2019¹¹⁴.

En todo caso, el centro de este debate jurisprudencial se sitúa en torno a las condiciones generales y de su papel en el proceso previo a la contratación, como clave en el logro del ideal de transparencia que informa dicho proceso. A su vez, de la lectura de las principales sentencias en cuanto creadoras de doctrina se desprenden conceptos que han conformado la manera en la que el legislador comunitario se ha enfrentado a la defensa del consumidor financiero. Entre los mismos aparece la idea de “consumidor medio”, que refleja un nivel de conocimiento estándar como medida comparativa de la comprensión y de la diligencia debida al profesional en la oferta de sus productos. Igualmente, se hace referencia a las circunstancias en las que se produce la contratación y los sesgos del consumidor en los hechos previos a la misma. Pero el elemento que será objeto de enjuiciamiento por las sucesivas sentencias girará en torno a la comprensión por el consumidor de las características esenciales del producto bancario y a la diligencia que el profesional despliega para que el consumidor comprenda tanto la posición jurídica en la que el contrato le sitúa como las consecuencias económicas del mismo. Sobre la idea de comprensión y con base en la argumentación de las sentencias existentes, resulta necesario mencionar el concepto de “información suficiente”, que entroncaría con la del “consumidor medio” como referente de inteligibilidad y que se manifestaría normativamente en los formularios estandarizados que la regulación comunitaria contempla en sucesivas Directivas y Reglamentos y que serán objeto de desarrollo en una parte posterior de este trabajo. Distinguiremos las referencias jurisprudenciales con arreglo al objeto central de su argumentación.

1. JURISPRUDENCIA COMUNITARIA: PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR Y EFICACIA DEL DERECHO COMUNITARIO

El Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea dictó el 27 de junio de 2000 la primera sentencia en la que se trata la aplicación de la Directiva 93/13 sobre las cláusulas abusivas de los contratos celebrados con consumidores (Asuntos acumulados C-240/98 a C-244/98), en donde se hace mención a la necesidad de que se consiga el efecto útil buscado por la Directiva de forma que el juez pueda apreciar de oficio la existencia de

¹¹⁴ COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN. Directrices sobre la interpretación y la aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores, de 27 de septiembre de 2019, (2019/C 323/04). Puede consultarse en: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52019XC0927\(01\)&from=PL](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52019XC0927(01)&from=PL)

cláusulas abusivas en este tipo de contratos, basándose en que “el sistema de protección establecido por la Directiva se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional, en lo referido tanto a la capacidad de negociación como al nivel de información, situación que le lleva a adherirse a las condiciones redactadas de antemano por el profesional sin poder influir en el contenido de éstas”. Por tanto, introduce expresamente la posición de inferioridad del consumidor en cuanto a la información que recibe del profesional, hecho que se conoce con el término de “asimetría informativa”. Resulta conveniente mencionar esta sentencia porque será la base dogmática para las que en gran número se dictarán en años posteriores, muchas en torno a la aplicación de las cláusulas suelo en su formulación y en el uso de los índices que aplican¹¹⁵.

Otro ejemplo paradigmático, que materializa la necesidad de lograr la eficacia que del Derecho comunitario y su “efecto útil” frente a cualquier disposición nacional del ámbito que sea, lo encontramos en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013 (asunto C-415/11, o caso “Aziz”, por el nombre del reclamante), que se manifiesta en contra de los privilegios que la legislación española otorga a la ejecución hipotecaria, pues los mismos eliminarían el citado “efecto útil” de la Directiva 93/13 en cuanto al nivel de protección que busca para los consumidores. Así, el hecho de que el deudor deba acudir a un juicio declarativo, posterior a la ejecución hipotecaria, en caso de que alegue la existencia en el contrato de préstamo de cláusulas nulas por abusivas restaría efectividad a la Directiva 93/13 en cuanto a conseguir el efecto de protección al consumidor¹¹⁶.

¹¹⁵ Además, establece que “...el sistema de tutela instaurado por la Directiva se basa en la idea de que la situación de desequilibrio entre el consumidor y el profesional sólo puede compensarse mediante una intervención positiva, ajena a las partes del contrato”. Resulta de especial relevancia cómo se manifiesta que la intervención debe ir más allá del contrato considerado como una relación entre dos partes, lo que avalan los enfoques que subrayan el carácter de interés público de la defensa de la posición del consumidor en este tipo de contratos. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea de 27 de junio del 2000 (asuntos acumulados C-240/98, C-241/98, C-242/98, C-243/98 y C-244/98, mediante una cuestión prejudicial planteada por el Magistrado D. José María Fernández Seijo).

¹¹⁶ La Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social (BOE núm. 116, de 15 de mayo de 2013) modificó la Ley de Enjuiciamiento Civil con el fin de que el demandado pudiere oponerse a la ejecución hipotecaria alegando la existencia de cláusulas abusivas en el contrato (artículos. 695.1.4º y 557.1.7º LEC), así como que el juez (o, en su caso, el notario) del procedimiento ejecutivo hipotecario pueda y deba apreciar de oficio -o a instancia de parte- la existencia de cláusulas abusivas

2. JURISPRUDENCIA SOBRE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS POR RUPTURA DEL EQUILIBRIO CONTRACTUAL

Sobre la base del contenido del artículo 3.1 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, una cláusula es abusiva si “...pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato”, redacción que reproduce el artículo 82.1 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias¹¹⁷, y al que se remite el artículo 8 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación¹¹⁸.

Es sobre la ruptura de ese equilibrio sobre la que se dicta la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2009 (792/2009), que declara abusivas una serie de cláusulas presentes en las condiciones generales de los contratos bancarios, como consecuencia de una acción colectiva presentada por una organización de consumidores, en cuya virtud sería abusivas las siguientes cláusulas:

- Vencimiento anticipado del préstamo por cualquier embargo o disminución de solvencia del deudor;
- Vencimiento anticipado por arrendamientos posteriores sujetos a purga;
- Prohibición o limitación de la facultad de arrendar;
- Prohibición o limitación de la facultad de enajenar;
- Renuncia del deudor a ser notificado de la cesión del crédito;
- Vencimiento anticipado por incumplimiento de prestaciones accesorias;
- Vencimiento anticipado del préstamo por falta de inscripción de la hipoteca por motivos ajenos al prestatario.

3. EFECTOS DEL SUMINISTRO DE UNA INFORMACIÓN NO SUMINISTRADA, ERRÓNEA O INSUFICIENTE

Anticipando la polémica doctrinal sobre cómo evaluar la infracción del deber de transparencia como causa de nulidad de los contratos realizados con consumidores, debe resaltarse que es la información suministrada por el profesional la que está en el centro del juicio sobre los efectos que una información falseada, no suministrada o insuficiente puede generar en el consentimiento prestado por el adherente consumidor. De este modo,

¹¹⁷ Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. BOE núm. 287, de 30/11/2007.

¹¹⁸ BOE núm. 89, de 14/04/1998.

se plantean tres orientaciones sobre cómo una información deficiente puede operar en la vida del contrato:

- Crea un vicio del consentimiento en el consumidor que genera la nulidad del contrato (artículo 1265 del Código Civil¹¹⁹);
- No supera el control de incorporación, por lo que la cláusula o cláusulas a las que afecta esta característica no generan efecto alguno (artículos 5 y 7 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación¹²⁰;
- No supera el control de transparencia, el cual se entiende de dos formas en función de la orientación doctrinal: bien como un segundo paso después de verificar que la cláusula no ha superado el control de incorporación, para enjuiciar el efecto que la falta de claridad o comprensibilidad de la misma ha generado en el concreto consumidor¹²¹; o bien como la infracción del principio de buena fe¹²² que exige la Ley, independientemente del efecto que dicha cláusula o cláusulas hayan tenido sobre el consumidor considerado individualmente. La falta de transparencia supondría, así, una manifestación de la ruptura del equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes.

Veremos cómo la aplicación de la doctrina jurisprudencial del TJUE ha creado una corriente en la que el vicio en el consentimiento es dejado de lado por un planteamiento en el que la infracción del deber de transparencia produce la nulidad del contrato.

Desde la óptica normativa, ya vimos como la Disposición Adicional Cuarta y la Octava modifican, respectivamente, la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación (artículo 5.5) y el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa

¹¹⁹ *Vid. Artículo 1265 del Código Civil: “Será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo”.*

¹²⁰ *Vid. Artículo 5 Ley de Condiciones Generales de la Contratación: “La redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez”. Artículo 7 Ley de Condiciones Generales de la Contratación: “No incorporación.... No quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales.... b) Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, salvo, en cuanto a estas últimas, que hubieren sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a la normativa específica que discipline en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato”.*

¹²¹ *Vid. Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 sobre cláusulas suelo y las que siguen su doctrina posteriormente.*

¹²² *Vid. Artículo 3.1 Directiva 93/13: Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato”.*

de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (artículo 83) estableciendo que “...las condiciones incorporadas de modo no transparente en los contratos en perjuicio de los consumidores serán nulas de pleno derecho...”

El cómo se interprete cuándo y bajo qué circunstancias se considera que estamos ante una cláusula no transparente es el resultado, no siempre pacífico, de la posición del TJUE, del Tribunal Supremo y de la labor aclaratoria de la Comisión Europea.

4. LA EXISTENCIA DE ERROR INEXCUSABLE EN LA PRESTACIÓN DEL CONSENTIMIENTO

La crisis financiera de 2008 puso de manifiesto cómo la denominada “innovación financiera”¹²³ hizo incurrir en pérdidas económicas a clientes que en el momento de suscribir los productos no fueron en gran parte conscientes de sus características. Consecuencia de este hecho fue la aparición de muchas reclamaciones y litigios motivados por esas pérdidas fruto de la crisis, alegando en general una deficiente o errónea información. Las sentencias que el Tribunal Supremo emitió en esas ocasiones se basaban en gran parte en apreciar la nulidad del contrato por incurrir los contratantes en vicio en el consentimiento, además de fijar algunos criterios en torno a lo que puede entenderse como “transparencia” en el sentido de suministro de la información relevante, así como la posibilidad de aplicar normas que no estaban en vigor en el momento de la suscripción del producto, pero que resultarían aplicables con base en los principios generales que se estiman deben regir las relaciones entre cliente y empresario. Veamos algunos ejemplos de este tipo de pronunciamientos.

Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de junio de 2015 (“Padres Paúles”- 376/2015-).

La base fáctica se encuentra en unos bonos vendido a una congregación religiosa que tenían como subyacentes bonos de Lehman Brothers, sin que ese hecho apareciera en el contrato. La quiebra de esa entidad, y consecuente el cese de pago de intereses a los titulares, hace que, a pesar de haber transcurrido tres años desde la perfección del contrato, se reclame a la entidad de crédito su anulación por error inexcusable ante la deficiente información suministrada. El debate jurídico se centra en que en el momento de la contratación no estaba vigente el marco legal definido por la Directiva 2004/39 de 21 de abril de 2004 (“MIFID 1”), que establecía unos deberes de información y clasificación

¹²³ Según F. BATISTA y M. GIANNI la innovación financiera se caracteriza por tres factores: la enorme variedad de productos creados, destacando los denominados “derivados”; la introducción de elementos de gestión de riesgos en el diseño de los nuevos productos y la complejidad de los nuevos productos creados, fruto de “empaquetamientos” de los que depende el rendimiento. BATISTA SAGÜÉS, F., GIANNI MASIÁ, M., “La titulización de activos”, en ZUNZUNEGUI F. (coord), *Lecciones de Derecho Bancario y Bursátil*, Colex, Madrid, 2001, pp. 111 y ss.

muy detallados. El Tribunal se basa en los deberes generales definidos por el antiguo artículo 79 de la Ley del Mercado de Valores¹²⁴ y por el Decreto 629/1993, de 3 de mayo sobre normas de conducta en los mercados de valores. Estas definen un estándar de diligencia profesional en el que se entiende incluido “asegurarse de que [los inversores] disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes, [así como] mantenerlos adecuadamente informados”. Sobre esa base, en la que una norma de rango inferior a Ley va a desplegar los efectos de su contravención sobre un contrato (el citado Real Decreto), el Tribunal juzgador entra en el análisis de la consecuencia de la falta de información sobre el consentimiento prestado.

Sobre la base de que no todo incumplimiento implica un “error vicio”¹²⁵, en este caso hay dos factores determinantes de su existencia, que son:

- El desconocimiento de elementos fundamentales del contrato (al no mencionar el emisor del activo subyacente) no hay una posible apreciación del riesgo por parte del inversor)¹²⁶; y
- El incumplimiento de los deberes legales de información por el intermediario financiero.

En conclusión, se aplica el enfoque de la en ese momento consagrada doctrina jurisprudencial en cuanto a la necesidad de informar sobre los elementos esenciales del contrato de forma transparente de forma que la ausencia de esta afecta al consentimiento, generando la nulidad que bajo otro punto de vista la produciría el mero incumplimiento de los deberes de transparencia materia, como luego veremos. En este supuesto, se utiliza la sanción de nulidad en una aplicación del régimen del Código Civil para los contratos. Cuando analicemos la posición del profesor Orduña sobre las consecuencias de la falta

¹²⁴ *Vid.* Artículo 79 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores: “*Toda persona o entidad que actúe en un mercado de valores, tanto recibiendo o ejecutando órdenes como asesorando sobre inversiones en valores, deberá dar absoluta prioridad al interés de su cliente. Cuando exista conflicto de intereses entre distintos clientes no deberá privilegiar a ninguno de ellos en particular*”. BOE núm. 181, de 29 de julio de 1988, [Disposición derogada].

¹²⁵ *Vid.* STS de 20 de enero de 2014 (354/2014). Igualmente, las SSTS de 7 de julio de 2014 (892/2012) y de 8 de julio de 2014 (1256/2012) se reafirman en la posición de que “*...el incumplimiento de los deberes de información no comporta necesariamente la existencia del error vicio, pero puede incidir la apreciación de este...*”. Igualmente aclara que el error sustancial “*...debe recaer sobre el objeto del contrato.../que recae.../en los concretos riesgos asociados a la contratación del producto...*”.

¹²⁶ El legislador ha reaccionado con respecto de los riesgos de los productos financieros, estableciendo una clasificación de estos en función de dichos riesgos en la Orden ECC/2316/2015, de 4 de noviembre, relativa a las obligaciones de información y clasificación de productos financieros. BOE núm. 265, de 5 de noviembre de 2015.

de transparencia veremos cómo se llega a dicha nulidad a través de la propia infracción del deber de transparencia.

Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 2015 (547/2015)

En este caso, la base fáctica es un contrato de préstamo con garantía hipotecaria a interés variable, cuya naturaleza es la de una permuta financiera de tipos de interés. Los inversores alegan no haber recibido información alguna sobre el instrumento de cobertura, mientras que la entidad de crédito estima que no era necesario proveer la información prevista en MIFID 1, al no estar en vigor en el momento de la contratación. La argumentación del Tribunal Supremo es semejante al caso de los Padres Paúles, dado que la diligencia que se exige al empresario no depende de que la normativa sea más o menos detallada, sino de la importancia de la información suministrada u omitida. En este caso, el Tribunal Supremo estima que la información sobre los riesgos que el cliente asume tiene carácter de esencial, al afectar al objeto del contrato, es decir, a la responsabilidad y solvencia de aquellos con los que contrata, que afectan a la inversión que se realiza. Además, el órgano juzgador estima que este producto se incluiría en la categoría de “productos financieros complejos”, por lo que el deber de información se vería acentuado. Este concepto va a ser objeto de un gran desarrollo en la normativa comunitaria que se desarrollará más adelante, refiriéndonos en concreto a la IDD y al Reglamento PRIIPs, que por tener su base en los productos “empaquetados” implica un reconocimiento de la necesidad de deberes reforzados de información al cliente.

Punto adicional de esta sentencia es resumir la doctrina jurisprudencial que se ha generado en torno a los requisitos para que el error sea considerado error-vicio del consentimiento¹²⁷:

- La voluntad del contratante se forma a través de una creencia inexacta¹²⁸, que le hace crearse una representación mental equivocada, la cual le sirve como presupuesto para la realización del contrato;
- El error recae sobre lo que le ha dado motivo para celebrar el contrato, sobre el objeto o materia del contrato, siendo esencial en el sentido de proyectarse sobre el presupuesto que hubiera causado su celebración;
- Excusabilidad del error para el que lo sufre.

¹²⁷ *Vid. STS de 21 de noviembre de 2012 (1729/2010) y de 29 de octubre de 2013 (626/2013).*

¹²⁸ Las SSTS de 21 de noviembre de 2012 (1729/2010) y de 29 de octubre de 2013 (626/2013) confirman esta idea al afirmar que el error vicio surge “...cuando la voluntad del contratante se forma a partir de una creencia inexacta...”.

De este modo, esta doctrina sobre el error vicio será el resultado de conjugar elementos objetivos (la naturaleza de las relaciones jurídicas que se establecen) con otros subjetivos (causa para contratar, expectativas del cliente¹²⁹).

Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2015 (323/2015): no apreciación del error vicio del consentimiento.

En el contexto de lo anteriormente tratado procede analizar esta sentencia, en la cual concurren tanto circunstancias objetivas (incumplimiento de obligaciones de información), como subjetivas (cualificación del cliente) para determinar la inexistencia de error invalidante del consentimiento.

Los hechos que se presentan se refieren a la contratación de un préstamo multidivisas en noviembre de 2009 por parte del demandante, el cual, de la prueba practicada, carece de condición de consumidor, por llevar a cabo el contrato en el ejercicio de una actividad profesional.

La entidad de crédito que concede el préstamo interpreta que la naturaleza del contrato es meramente crediticia, por lo que las obligaciones de información son las definidas en la legislación sobre transparencia de entidades de crédito, que no incluye la necesidad de informar sobre la naturaleza y riesgos del instrumento financiero derivado y complejo que estaban contratando, dado que el Tribunal Supremo en esta sentencia interpreta que la naturaleza de la operación excede la de un mero préstamo para situarle en la de instrumento financiero derivado y complejo, como se ha mencionado.

Por ello, resulta una infracción de los deberes de información que serían exigibles dada la naturaleza del contrato, que se concretan en los previstos en el artículo 79 bis de la Ley del Mercado de Valores, infracción que conlleva, en opinión del demandante y cliente la concurrencia de un error vicio invalidante del consentimiento.

Frente a ello la doctrina de la Sala estima, y para ello cita jurisprudencia reiterada, que no toda infracción de los deberes de información exigidos por normativa imperativa supone la existencia de un error vicio, sino que debe examinarse si concurren los requisitos que la doctrina legal ha impuesto para que una infracción de tal tipo lleve aparejado ese efecto que, por otra parte, la legislación no establece.

Por ello, para establecer que esa infracción produce un error invalidante del consentimiento, debe estarse a lo que resulte de los hechos probados en cuanto a la capacidad del cliente para comprender, dado su perfil y experiencia, los riesgos del producto y el funcionamiento del mismo. Sólo en caso de que se acreditará esa falta de

¹²⁹ En este sentido, y pensando en el contrato de seguro, se ha desarrollado toda una corriente jurisprudencial y doctrinal en torno a las cláusulas sorpresivas. Además, la cobertura del riesgo constituye el eje de la voluntad del contratante en el caso de los seguros.

capacidad se daría una asimetría informativa determinante en la generación de un conocimiento, y consentimiento, erróneo. Ni siquiera el hecho de haber sido calificado como cliente no experto sería suficiente para declarar la nulidad si se ha demostrado lo contrario en el proceso judicial. En virtud de lo dicho no se apreció error excusable por lo que no se declaró la nulidad del consentimiento prestado, sin perjuicio de que procedieran las sanciones administrativas previstas en la legislación sectorial.

En suma, lo que sostiene esta doctrina es que en un contexto de crecientes exigencias de información en el ámbito financiero éstas no pueden utilizarse para demandas improcedentes en aquellos supuestos de incumplimientos que no supongan la generación de un juicio sustancialmente erróneo en el contratante.

Igualmente debe destacarse que una parte del interés de esta sentencia radica en centrar el tema en cuanto a la recepción del principio de transparencia en la interpretación del Tribunal Supremo, enfrentando dos posiciones: la que concibe que cualquier incumplimiento de este principio puede considerarse una infracción de un nuevo principio general del derecho que se aplica a los contratos con condiciones generales (veremos la posición del profesor Orduña sobre la base de la jurisprudencia comunitaria); y por otra parte, la que considera la transparencia como una parte del control de abusividad, que se debe poner en relación con el control de incorporación (tesis de la STS de 9 de mayo de 2013 (1916/2013) -cláusulas suelo- y de una corriente jurisprudencial del Tribunal Supremo). Se desarrollan estos enfoques en los apartados siguientes. La cuestión prejudicial por Auto de 29 de junio de 2022 por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo (procedimiento 2251/2019), que se expone al final, enfrenta los conceptos de transparencia formal y material y sus efectos sobre una pluralidad de contratos.

5. JURISPRUDENCIA NACIONAL Y COMUNITARIA SOBRE LA FATA DE TRANSPARENCIA COMO CAUSA DE LA NULIDAD DEL CONTRATO

5.1. Planteamiento previo: la abusividad sobre los elementos esenciales del contrato

La Directiva 93/13/CEE del Consejo de 5 de abril de 1993 sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores establece en su Considerando 19 que “...la apreciación del carácter abusivo no debe referirse ni a cláusulas que describan el objeto principal del contrato ni a la relación calidad/precio de la mercancía o de la prestación...” El artículo 4.2 de dicha Directiva recogerá este principio en su articulado¹³⁰.

¹³⁰ *Vid. Artículo 4.2 Directiva 93/13/CEE: “2. La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible”.*

El carácter abusivo de una cláusula se dice en el artículo 3 de dicha Directiva que “...se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato...”.

De lo mencionado resulta que el carácter abusivo de una condición contractual se produciría sobre elementos que no recaigan sobre el objeto del contrato pero que rompan el deseado equilibrio contractual. Por ello, sólo cabe algún tipo de corrección (nulidad por abusiva) si las cláusulas que regulan el objeto del contrato no cumplen los requisitos referidos a la claridad y comprensibilidad que se mencionan en el citado artículo 4.2, requisitos que se asimilarían a la idea de transparencia. De ahí surge la construcción que la jurisprudencia comunitaria ha realizado en torno a la idea de la falta de transparencia como causa de nulidad del contrato. El tipo de interés y las cláusulas que regulan su variación entrarían en la idea de “objeto principal del contrato”, de ahí la prolífica jurisprudencia sobre las cláusulas suelo y los índices utilizados en su aplicación (IRPH). Destacará la sentencia de 9 de mayo de 2013 como el hito jurisprudencial en torno a la idea de la aplicación del principio de transparencia en los contratos con condiciones generales. No debemos olvidarnos de estos conceptos cuando se trate de la transparencia como elemento que debe configurar las condiciones generales y el proceso de contratación y las soluciones que da el legislador comunitario al diseñar las normas de defensa del consumidor financiero. Figuras como el mercado objetivo, el asesoramiento, la idoneidad y su valoración se configuran como reacciones del regulador frente a las “patologías” detectadas en los contratos financieros.

5.2. Doctrina jurisprudencial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el principio de transparencia

La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de marzo de 2013 (Asunto C-92/11) resulta de obligada mención destaca por la importancia que da a la fase precontractual, en la que se debe facilitar al consumidor la información necesaria sobre las cláusulas contractuales y “sobre las consecuencias de la celebración del contrato”. De esta forma entra en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13, es decir, el examen del carácter abusivo, el supuesto de falta de la información necesaria en los términos citados. Será a través del control de transparencia como se entrará en el control de abusividad sobre las cláusulas relativas al objeto del contrato. La STS de las cláusulas suelo de 9 de mayo de 2013 (1916/2013) tendrá en cuenta esta argumentación.

En su sentencia de 30 de abril de 2014 (Asunto C-26/13) el tribunal europeo explica su interpretación del artículo 4.2 de la Directiva 93/13, aclarando que la obligación allí reflejada (“redacción clara y comprensible”) debe entenderse como algo más que una comprensión gramatical por el consumidor, sino también se trata de que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo de

conversión de la divisa extranjera al que se refiere la cláusula citada, así como la relación entre ese mecanismo y el prescrito en otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, con el fin de que el consumidor evalúe las consecuencias económicas derivadas a su cargo)¹³¹.

5.2.1 *Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea de 9 de julio de 2020: transparencia material*

Una sentencia posterior pero que incide en los planteamientos del legislador comunitario al establecer la Directiva 93/13 la dicta el TJUE el 9 de julio de 2020 (Cuestión prejudicial C-452/18) sobre la pregunta de que si se pueden considerar como condiciones generales de la contratación los acuerdos novatorios que suscriben las entidades de crédito españolas con sus clientes afectados por las cláusulas suelo en los créditos hipotecarios. El precedente lo constituye la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de abril de 2018 declarando válidos estos acuerdos, en los que el consumidor renuncia al ejercicio de acciones relacionadas con la cláusula suelo. Se argumenta que se ha advertido de forma suficiente al cliente sobre la posibilidad de que las cláusulas suelo pudieran ser abusivas por falta de transparencia, haciéndole escribir de su puño y letra la nueva cláusula en la que renuncia al ejercicio de las acciones relacionadas con la citada cláusula suelo, no aplicando el régimen de las condiciones generales de la contratación a aquella, por entender que había habido una negociación entre banco y cliente.

Una vez que la Sentencia del TJUE declara que a los acuerdos de novación se les debe aplicar el régimen de condiciones generales al tratarse de condiciones que son aplicadas de forma general, fruto de una campaña comercial del banco, sin que los clientes puedan influir ni negociar dichos acuerdos. Con esta base, el TJUE dicta una serie de criterios que deben cumplir los acuerdos:

- Dejar claro que la cláusula suelo no es vinculante, con arreglo a la doctrina jurisprudencial, ya que en los acuerdos habla de “posibilidad” de que se declare no vinculante, lo cual genera confusión. Es decir, debe contener una información clara sobre la posición jurídica del cliente antes de adherirse al acuerdo;
- Informar sobre las consecuencias de la renuncia a las acciones judiciales. Si no fuera así, el juez nacional debe valorar si la información facilitada ha generado la certidumbre necesaria al firmar el acuerdo de novación. Si no se informa adecuadamente de dichas consecuencias, nos encontraríamos ante un supuesto de nulidad por falta de transparencia

¹³¹ “El examen del carácter claro y comprensible de las cláusulas contractuales debe tener en cuenta todas las circunstancias del asunto concreto y, en particular, la información facilitada al consumidor en el momento de la celebración del contrato, y debe centrarse, además de en el aspecto estrictamente formal y lingüístico, en la evaluación exacta de las consecuencias económicas de dichas cláusulas y en los nexos que puedan existir entre ellas”. Sentencia de 30 de abril de 2014 (Asunto C-26/13).

De la lectura de la sentencia se pueden deducir los elementos sobre los cuales gravita la idea que el tribunal europeo tiene sobre el principio de transparencia material:

- Importancia del nivel de información aportado y resultado que produce en el nivel de comprensión del cliente. En este caso se trataba de que el consumidor llegara a la convicción de que la cláusula suelo de la que se parte en la negociación es nula, como exigencia de la buena fe negocial. Como hecho determinante de la necesidad de evitar términos ambiguos que no le permitan al cliente conocer su posición jurídica lo forman el elevado porcentaje de dictámenes del Banco de España que, a la luz de los criterios de la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 (1916/2013) se pronunciaron a favor de declarar la cláusula suelo como nula por no transparente (en torno al 82%);
- No utilizar términos ambiguos como “la coyuntura del mercado” para explicar cómo afecta al cliente la renuncia de sus acciones, sino explicitar las implicaciones a que lleva la renuncia a las acciones que se propone al cliente;
- No es suficiente que para que se cumpla el principio de “transparencia material” el que la cláusula pueda ser comprendida, por lo que la mera claridad gramatical no es suficiente. El cliente debe estar en condiciones para que capte todas las consecuencias que la cláusula tiene en su esfera patrimonial y jurídica;
- En todo caso, se aplica siempre una interpretación restrictiva en aras de una defensa de la posición del consumidor, pudiendo llevar a la conclusión de que el TJUE se basa en algo más que en la literalidad de las normas, sino en un principio general que gravita sobre este tipo de contratos.

Sentencia del TJUE de 25 de enero de 2024 (asuntos C-810/21 a C-813/21): reforzamiento de la protección derivada de la Directiva 93/13 en el cómputo del plazo de prescripción.-

Esta resolución surge como consecuencia de la declaración por la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, de 23 de enero de 2019 (49/2019) de la nulidad de algunas cláusulas por las cuales se repercutían ciertos gastos en los clientes relativos a préstamos con garantía hipotecaria. Se producen varias reclamaciones de clientes para recuperar dichos gastos, si bien han transcurrido los plazos de prescripción previstos para el ejercicio de acciones previsto en la legislación civil aplicable. Las cuestiones prejudiciales planteadas ante el TJUE tratan de obtener un juicio de dicha instancia europea para que se pronuncie acerca de cómo los principios de defensa del consumidor establecidos en la Directiva 93/13 pueden considerarse efectivamente protegidos cuando el ejercicio de esas acciones de restitución se lleva a cabo una vez transcurridos esos plazos. En consecuencia, se trata de enfrentar lo establecido en las normas nacionales de prescripción de acciones y su ejercicio con el marco de defensa del consumidor definido por la Directiva 93/13. La

protección derivada de la declaración de nulidad por abusivas viene configurada en los artículos 6.1 y 7.1 de la citada Directiva¹³², por lo que se trata de dilucidar dos puntos:

- Si una vez que ha pasado el período de pago de un gasto que surge de una cláusula abusiva se considera que comienza a contar el plazo de prescripción de las acciones de reintegro por los importes satisfechos por el citado gasto;
- Si debe presumirse que el consumidor conoce la nulidad de ciertas cláusulas simplemente por existir una jurisprudencia nacional consolidada sobre las mismas.

La base de la argumentación de la sentencia gira en torno a la idea de la efectividad de la Directiva, es decir, si se consiguen los objetivos de protección del consumidor que la misma persigue. Sin negar la existencia de la institución de la prescripción en los sistemas nacionales, se trata de determinar cuáles son los requisitos exigibles para que dicha institución despliegue sus efectos.

Así, la sentencia estima que “...para que las normas por las que se rige un plazo de prescripción sean conformes con el principio de efectividad, no basta con que establezcan que el consumidor debe conocer los hechos determinantes del carácter abusivo de una cláusula contractual, sin tener en cuenta, por un lado, si conoce los derechos que le confiere la Directiva 93/13 ni, por otro lado, si tiene tiempo suficiente para preparar e interponer efectivamente un recurso con el fin de invocar esos derechos”, por lo que el mero paso del tiempo, sin que se haya dado conocimiento expreso al consumidor de los derechos que le asisten, no implica que comiencen a correr el plazo. En virtud de ello, la sentencia estima que ”[las normas contempladas en la Directiva 93/23]...se oponen a una interpretación jurisprudencial del Derecho nacional según la cual, a raíz de la anulación de una cláusula contractual abusiva por la que se imponen al consumidor los gastos de formalización de un contrato de préstamo hipotecario, la acción restitutoria relativa a tales gastos está sujeta a un plazo de prescripción de diez años a contar desde que la referida cláusula agota sus efectos con la realización del último pago de dichos gastos, sin que se considere pertinente a estos efectos que ese consumidor conozca la valoración jurídica de esos hechos. La

¹³² Vid. Artículo 6.1 Directiva 93/13: “Los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas... Artículo 7.1. Los Estados miembros velarán por que, en interés de los consumidores y de los competidores profesionales, existan medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores”.

compatibilidad de las normas por las que se rige un plazo de prescripción con las citadas disposiciones debe apreciarse teniendo en cuenta el conjunto de esas normas”.

Con respecto a la segunda parte de la cuestión prejudicial, la sentencia tiene como punto de partida la situación de inferioridad que tiene el consumidor respecto del profesional “...tanto a la capacidad de negociación como al nivel de información, situación que le lleva a adherirse a las condiciones redactadas de antemano por el profesional sin poder influir en el contenido de estas...”, lo que le lleva a deducir que la interpretación de la Directiva 93/13 se opone a considerar “...que la existencia de una jurisprudencia nacional consolidada sobre la nulidad de cláusulas similares constituye una prueba de que se cumple el requisito relativo al conocimiento, por el consumidor de que se trate, del carácter abusivo de esa cláusula y de las consecuencias jurídicas que se derivan de ella”.

Como conclusión, esta sentencia nos presenta una interpretación del marco de protección que define la Directiva 93/13 en donde se manifiesta una sobreprotección del consumidor que comparte el enfoque que se trasluce en las sentencias que afrontan el nivel de transparencia exigible. Ello entraña con la posición en virtud de la cual la protección del consumidor se erige como un principio general que puede llevar en su interpretación a consecuencias próximas a un espíritu sancionador, en tanto el principio de efectividad de la Directiva obliga a un sistema de garantías tal que cualquier presunción en cuanto al conocimiento de sus derechos por el consumidor, y a su ejercicio, queda excluida, de forma que las posibles limitaciones deben cumplir estrictas condiciones de seguridad jurídica con respecto a dicho consumidor. De este modo, esta reciente sentencia no hace sino consolidar una línea jurisprudencial de la justicia comunitaria que no parece presentar fisuras o desviaciones en sus líneas maestras.

5.3. Interpretación de los términos “claridad y comprensibilidad” a juicio de la Comisión Europea

Como consecuencia del gran número de cuestiones prejudiciales que se plantearon ante la jurisdicción europea, la Comisión Europea emitió una Comunicación el 27 de septiembre de 2019 (2019/C 323/04), en la que se establecen unas Directrices sobre la interpretación y la aplicación de la Directiva 93/13/CEE. En la introducción de esta Comunicación se hace mención a que la Directiva citada “...es un instrumento central para lograr la equidad en el mercado interior...” y que al tratarse de una Directiva de principios se ha constatado una falta de claridad que se ha reflejado en el gran número de resoluciones judiciales emitidas. Debe hacerse notar la importancia de la Directiva no sólo como protectora de los consumidores, sino también como instrumento para un mejor funcionamiento del mercado interior¹³³, circunstancia esta que sirve de argumento para

¹³³ “Considerando que para facilitar el establecimiento de un mercado único y para proteger al ciudadano en su papel de consumidor al adquirir bienes y servicios mediante contratos que se rigen por

un enfoque de la transparencia entroncada con principios básicos de funcionamiento del sistema económico que el Mercado Único establece.

Los artículos 4.2 y 5 de la Directiva 93/13, como ya hemos citado, centran el control sobre las cláusulas que definen el objeto del contrato¹³⁴ en el hecho de que estas “se redacten de manera clara y comprensible”, por lo que la Comunicación, sobre la base del gran número de resoluciones dictadas por el TJUE sobre esta cuestión, deduce una serie de rasgos o factores que habrán de tenerse en cuenta a la hora de evaluar si se cumplen esa claridad y comprensibilidad. Previamente la Comunicación [Punto 3.3.1] subraya que el TJUE ha interpretado este requisito “en sentido amplio”, desarrollando posteriormente lo que este “sentido amplio” significa:

- Necesidad de que el consumidor pudiera familiarizarse con la cláusula antes de la celebración del contrato;
- La comprensibilidad de cada cláusula individual ha de valorarse con relación a las otras cláusulas del contrato;
- Se resalta de forma especial el modo en que se presentan las cláusulas: presentación visual, estructuración lógica del contrato, dando el relieve que corresponde a las cláusulas principales;
- Evitar que una cláusula sólo pueda entenderse en su correcto sentido si se leen varias de ellas, dispersas en el contrato.

En sus conclusiones, la Comunicación precisa aún más este sentido amplio al concretar que el ámbito de protección de la Directiva no se limita a exigir una comprensibilidad en un plano formal y gramatical, sino que el consumidor debe ser capaz de valorar las consecuencias económicas que se derivan del contrato y el funcionamiento del mecanismo al que se refiere la cláusula¹³⁵.

leyes de Estados miembros distintos del suyo es indispensable eliminar las cláusulas abusivas de esos contratos”. Considerando 6, Directiva 93/13/CEE.

¹³⁴ El punto 3.2.1 de la Comunicación establece que estas cláusulas son “...aquellas que establecen las obligaciones esenciales del contrato y, como tales, lo caracterizan...”.

¹³⁵ *Vid. Apartado 3.3.1 Comunicación 2019/C 323/04: 44. Por lo que respecta a la exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales, según resulta del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13/CEE, el Tribunal de Justicia ha señalado que esta exigencia, recordada también en el artículo 5 de la citada Directiva, no puede reducirse solo al carácter comprensible de estas en un plano formal y gramatical, sino que, por el contrario, toda vez que el sistema de protección establecido por dicha Directiva se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional en lo referido, en particular, al nivel de información, esa exigencia de redacción clara y comprensible de las cláusulas contractuales, y por ende de transparencia, debe entenderse de manera extensiva [...]». «45. Por consiguiente, la exigencia de que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible se ha de entender también como una obligación de que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo al que se refiere la cláusula de que se trate, así como, en su caso, la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas, de manera*

Igualmente, y sobre la base de que el artículo 3.1 de la Directiva 93/13 establece un principio general por el cual considera abusivas las cláusulas que, con carácter general “...son contrarias a la exigencia de buena fe...”, interpreta la buena fe en el sentido de que si el consumidor, en una negociación individual, podría aceptar la cláusula en los términos que figura en el contrato¹³⁶.

En el siguiente párrafo, el 3.1 menciona las cláusulas que causan un desequilibrio entre los derechos de las partes en detrimento del consumidor. Por todo lo expuesto, como luego veremos, parte de la doctrina interpreta el principio de buena fe de la Directiva como “principio general” informador del sistema europeo de protección del consumidor, por lo que se aplicaría también a la necesidad de transparencia. En esencia, el concepto de transparencia que figura en la Comunicación excede del clásico de abusividad, como desequilibrio de los derechos de las partes en perjuicio de la más débil en la relación contractual, para conceptuarlo como una sanción por incumplir los principios de la Directiva.

En todo caso, y como corolario, el contenido de la Comunicación, a nuestro juicio, no se limita a resumir los argumentos del gran número de resoluciones dictadas por el TJUE sobre la aplicación de la Directiva, sino que son la base sobre la que el legislador comunitario elaborará las sucesivas reformas de las normativas sobre servicios financieros en la Unión Europea, que giran en torno a una serie de mecanismos protectores del consumidor, que van desde la importancia de los formatos en la presentación de las características esenciales del contrato (y su explicación), hasta la necesidad de adecuación del producto al consumidor (asesoramiento, adecuación, mercado objetivo, necesidades,...) incluyendo en sus normas a los documentos no puramente contractuales o de información previa, como es la publicidad¹³⁷.

que el consumidor de que se trate esté en condiciones de valorar, basándose en criterios precisos e inteligibles, las consecuencias económicas que se deriven para él [...].

¹³⁶ Vid. Apartado 3.4.1. Comunicación 2019/C 323/04: “En lo que se refiere a la cuestión de en qué circunstancias se causa ese desequilibrio “contrariamente a las exigencias de la buena fe”, debe señalarse que, habida cuenta del decimosexto considerando de la Directiva 93/13/CEE, el juez nacional debe comprobar a tal efecto si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, este aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual... ”. Apartado 3.4.1. Comunicación 2019/C 323/04.

¹³⁷ Vid. Apartado 3.3.1 Comunicación 2019/C 323/04: “El Tribunal ha declarado además que los órganos jurisdiccionales nacionales, al evaluar el cumplimiento de los requisitos de transparencia, deben comprobar si los consumidores recibieron la información requerida (188), así como tener también en cuenta el material promocional y la información proporcionada por el prestamista en la negociación del contrato de préstamo”. Apartado 3.3.1 Comunicación 2019/C 323/04.

5.4. Recepción en la jurisprudencia y doctrina españolas del enfoque del TJUE sobre el principio (control) de transparencia

En el epígrafe que denominamos “El enjuiciamiento abstracto a efectos del control de transparencia” se menciona la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo español sobre esta distinción entre la transparencia abstracta (que afecta a un gran número de predisponentes y de adherentes en diferentes contratos) y la transparencia concreta (que se predica sobre cómo la transparencia ha actuado en un adherente, predisponente y contrato concreto o individualizado) y la posibilidad de discernir las características de cada tipo en el juicio (control) de transparencia.

El presente epígrafe presentará las distintas sentencias del Tribunal dictadas en torno al control de transparencia, exponiendo cómo se presentan dos corrientes doctrinales en torno a la forma de abordar la transparencia en un marco más amplio que afecta al Derecho de contratos, creando una nueva dogmática que diferenciaría entre contratos por negociación y contratos sometidos a condiciones generales.

Enfoque de la transparencia como nuevo principio general de derecho de los contratos. – Representada por el profesor Javier Orduña, ponente de un gran número de sentencias como magistrado de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, sin perjuicio del desarrollo que sigue, se puede resumir en la idea de que sobre la base de la jurisprudencia comunitaria se ha creado un nuevo paradigma de derecho de los contratos en donde los contratos con condiciones generales están sometidos a un régimen que se apartaría del contemplado en el Código Civil, el cual se aplicaría a los contrato por negociación. En este contexto, la transparencia no es tanto un requisito como un principio informador que se vincularía no sólo a una finalidad de protección de la parte débil del contrato sino al propio funcionamiento del sistema económico, basado en la libre competencia. La ausencia de transparencia afectaría a las relaciones económicas, pues una información deficiente dirigida al adherente llevaría a decisiones ineficientes en la asignación de los recursos, informando otras iniciativas legislativas de la Unión¹³⁸.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de junio de 2012, de la que fue ponente el citado autor, habla por primera vez de una forma de contratar diferente del contrato de negociación, resaltando que, si bien los elementos esenciales del contrato no pueden ser

¹³⁸ La Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior “...aborda las prácticas comerciales que influyen directamente en las decisiones de los consumidores sobre transacciones relacionadas con productos...” (Considerando 7), estableciendo que una “*Una práctica comercial será desleal si... b) distorsiona o puede distorsionar de manera sustancial, con respecto al producto de que se trate, el comportamiento económico del consumidor medio al que afecta o al que se dirige la práctica, o del miembro medio del grupo, si se trata de una práctica comercial dirigida a un grupo concreto de consumidores...*

objeto del control de contenido, pueden serlo por vía del de inclusión y de transparencia. De interés, y anticipando la base de la argumentación en torno a la contratación bajo condiciones generales, afirma la sentencia que en este tipo de contratación “se dilucidan cuestiones distintas a las relacionadas con el error vicio del consentimiento”. De esta forma. Sitúa el control de transparencia fuera del ámbito del error vicio¹³⁹, siendo su objetivo el que el adherente conozca o pueda conocer (si se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato:

- La carga económica (onerosidad o sacrificio patrimonial); y
- La carga jurídica (posición jurídica en los elementos esenciales y en la “distribución de los riesgos de la ejecución de estos”)

El plano derivado de los vicios del consentimiento estaría en el marco del contrato de negociación, y no en el de la contratación seriada, dado que el control de transparencia se proyectaría sobre la materialización del deber de diligencia exigible al predisponente, deber que se considera objetivable y que se manifiesta en la valoración de la comprensibilidad real de la oferta comercial.

La extensión del control de transparencia a los no consumidores. – Como manifestación de la doctrina en virtud de la cual la transparencia se conforma como un principio general del derecho de contratos, en la sentencia de 3 de junio de 2016 (367/2014), el magistrado Orduña formula un voto particular en esta línea. Sin oponerse al fallo, sí lo hace al argumento de la resolución en el sentido de no aplicar el control de transparencia a los contratos con condiciones generales en los que el adherente no ostenta la condición de consumidor, pues significaría introducir una tercera categoría contractual no amparada por la Ley. Frente a esta exclusión, Orduña basa su argumentación en los siguientes puntos:

1. La contratación bajo condiciones generales es un modo de contratar diferente del contrato por negociación;
2. Los bienes concurrentes son el incremento de la seguridad jurídica y la mejora de la competencia a través de la “calidad de la negociación”, de forma que las cláusulas abusivas lesionan estos intereses;
3. El soporte legal que estima inexistente la sentencia lo compondrían la Directiva 93/13 y las normas nacionales de desarrollo (TRLGDCU y la LCGC);

¹³⁹ *Vid. Artículo 1266 del Código Civil: “Para que el error invalide el consentimiento, deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de esta que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo”.*

4. Igualmente, la Jurisprudencia del TJUE ha creado un nuevo marco interpretativo que concreta el principio de primacía del Derecho Comunitario¹⁴⁰
5. La legislación general no da una respuesta expresa porque el contrato de negociación regulado en el Código Civil no persigue controlar las cláusulas acordadas por las partes, mientras que el control de legalidad que acompaña a las condiciones generales se extiende a la comprensibilidad real como parte del control de incorporación.¹⁴¹

De este modo, la cláusula abusiva por falta de transparencia lesionaría los bienes jurídicos que resultan de la necesaria “calidad de la negociación”, que exige un incremento de la seguridad jurídica y una mejora de la competencia. Por tanto, el control de transparencia excede el examen de la concreta relación entre el consumidor y el predisponente y el efecto que el proceso precontractual ha producido en aquel en cuanto a la comprensión del contenido del contrato, para entrar en un ámbito en el que el ordenamiento reacciona en términos próximo a la sanción por incumplimiento del principio de buena fe contractual exigible en este tipo de contratación (bajo condiciones generales). Ello abre el camino para que se pueda plantear la posibilidad de un control de transparencia abstracto. Este control de carácter abstracto lo vemos en la STJUE de 25 de enero de 2024 (Asuntos acumulados C-810/21 a 813/21) cuando no da por supuesto que la existencia de una jurisprudencia asentada sirva para presumir el conocimiento de esta por los consumidores¹⁴²

¹⁴⁰ La doctrina surgida de dicha jurisprudencia se resume en la Comunicación de la Comisión-Directrices sobre la interpretación y la aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores, de 27 de septiembre de 2019 (2019/C 323/04). El principio de primacía del Derecho comunitario figura en la STJUE de 15 de julio de 1964 (C-6/64).

¹⁴¹ Abundando en lo dicho, ORDUÑA MORENO incluye el control de transparencia en el control de legalidad, de forma que “*el alcance de una mera comprensión se proyecta más allá de la protección del adherente, para colaborar en la defensa de todos los intereses jurídicos concurrentes en este tipo de tráfico patrimonial. Tal principio [la transparencia], entendido como un ideal, empapa tanto al correcto funcionamiento de los poderes públicos como se incardina en un componente del concepto de justicia que rige o debe regir todas las instituciones, y también en los criterios de interpretación y aplicación normativa, incluyendo la contratación entre empresarios bajo condiciones generales. El cambio que se produce en el ámbito de la transparencia se genera no por una evolución de la sociedad, sino que se basa en la evolución normativa y en la jurisprudencia que lo desarrolla. En suma, se trata de ver si un cambio legislativo implica un nuevo cambio normativo que se corresponde con un nuevo principio informador que recae sobre toda una materia*” (Voto particular del magistrado J. ORDUÑA MORENO en la STS de 3 de junio (367/2016).

¹⁴² *Vid.* STJUE de 25 de enero de 2024 (Asuntos acumulados C-810/21 a 813/21): “*La Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una interpretación jurisprudencial del Derecho nacional según la cual, para determinar el inicio del cómputo del plazo de prescripción de la acción que puede ejercitarse el consumidor para obtener la restitución de las cantidades pagadas indebidamente con arreglo a una cláusula contractual abusiva, puede considerarse que la existencia de una jurisprudencia nacional consolidada sobre la nulidad de cláusulas similares constituye una prueba de que se cumple el principio de primacía del Derecho comunitario*”.

5.5. Líneas básicas de los principios metodológicos del profesor Orduña

- El ideal de transparencia se construye como un principio jurídico, que informa a la normativa que afecta en el ámbito de la contratación bajo condiciones generales: la Ley de Condiciones Generales de la Contratación y el Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios. A través de la jurisprudencia comunitaria y española esos principios se van decantando¹⁴³;
- El control de transparencia es un control de legalidad que no debe limitarse bajo la argumentación de que no es aplicable a la contratación entre empresarios, a la cual deberá aplicarse los parámetros existentes en la legislación civil o mercantil. Sería una parte de la buena fe que se exige al predisponente en su función de elaborar las condiciones generales¹⁴⁴;
- Por lo mismo, no cabe una aplicación simplificada de los principios de transparencia y abusividad [como estima el autor que se deduce de la sentencia STS de 9 de mayo de 2013 (1916/2013)], pues al calificar una cláusula como abusiva debe entrarse en el enjuiciamiento de su comprensibilidad real por el

requisito relativo al conocimiento, por el consumidor de que se trate, del carácter abusivo de esa cláusula y de las consecuencias jurídicas que se derivan de ella”.

¹⁴³ La STJUE de 15 de junio de 2023 (Asunto C-520/21) dice en su punto 56: “*Habida cuenta de la naturaleza y la importancia del interés público que constituye la protección de los consumidores...*” al referirse a la aplicación de la Directiva 93/13. La misma sentencia aplica en cierto modo este principio cuando no se opone a que a consecuencia de la anulación de una cláusula abusiva el Derecho nacional (en este caso el derecho polaco) pueda prever que el consumidor reciba una cantidad superior a la que correspondería de la mera devolución de prestaciones, lo que hace presumir una idea de sanción al predisponente por abusar de su posición y no concuerda con lo establecido en el artículo 1303 del Código Civil en el sentido de limitar las consecuencias de la nulidad de una obligación. Ello abriría el debate sobre el contrato bajo condiciones generales como sometido a un régimen diferente al contrato de negociación del Código Civil y del Código de Comercio, en línea con lo manifestado por ORDUÑA MORENO. Asimismo, esta sentencia no se opone a que el Derecho nacional permita que el consumidor reciba una compensación mayor que el importe de las cuotas abonadas en caso de estimarse la nulidad de una cláusula de un contrato de préstamo hipotecario, por lo que entiende que la protección efectiva del consumidor puede conllevar una penalidad al empresario que le disuada de utilizar este tipo de cláusulas. Ello abona la idea de Orduña Moreno de que la infracción de la Directiva 93/13 excede el ámbito de los contratos de negociación (devolución de prestaciones), siendo aceptable unas consecuencias sancionadoras sobre el empresario. Con ello se refuerza el “efecto útil” de la Directiva.

¹⁴⁴ El TJUE, en su sentencia de 20 de septiembre de 2017 (C-186/16; “Andriciuc”) separa los dos componentes del artículo 3.1 de la Directiva, que llevaría a que el control de abusividad por desequilibrio sería independiente del de transparencia: “...*incumbe al órgano jurisdiccional remitente evaluar...en primer lugar, el posible incumplimiento de la buena fe, y, en segundo lugar, la existencia de un posible desequilibrio importante en el sentido del artículo 3.1 de la Directiva 93/13...*”. Abundando en lo anterior, en el Considerando 16 de la Directiva se dice que “...*que los profesionales pueden cumplir la exigencia de buena fe tratando de manera leal y equitativa con la otra parte, cuyos intereses legítimos debe tener en cuenta...*”

adherente. En otro plano entrará la valoración de su carácter perjudicial para el adherente (ruptura del equilibrio negocial), pero es independiente del control de transparencia;

- La existencia de contratos bajo condiciones generales aleja estos del régimen aplicable a los contratos de negociación, que se regula en los artículos 1281, 1256 y 1258 del Código Civil. El hecho de existir condiciones predispuestas, independientemente de que sea entre empresario y consumidor o entre empresarios, hace necesario aplicar el principio de legalidad en la faceta de comprensibilidad real, integrado en el control de abusividad. El enfoque de la sentencia de 9 de mayo de 2013 no daba virtualidad propia al principio de transparencia, integrándolo en el control de incorporación, limitándose a la faceta de comprensión gramatical de la cláusula;
- Este control de legalidad o idoneidad “...se sitúa fuera del paradigma del contrato de negociación y, por tanto, del plano derivado de los vicios del consentimiento.... sino, en sentido diverso, la materialización o cumplimiento de este deber de transparencia en la propia reglamentación predispuesta...”¹⁴⁵

En resumen, el contrato con negociación no se produciría en el mercado, sino entre dos partes en situación de igualdad, por lo que su funcionamiento es diferente al del contrato con condiciones generales. Dichas condiciones se diseñaron para el mejor funcionamiento del mercado, tanto para el predisponente (mejor gestión de sus riesgos contractuales y mayor economía de la contratación) como para el adherente (mayor seguridad jurídica y comparabilidad entre ofertas). Al manifestarse este tipo de contratos en el ámbito del mercado, sus reglas se subordinan a principios propios de la competencia que debe regir en el mismo. De esta forma la protección de la posición del consumidor emisor de un consentimiento (adhesión más bien) se convierte en la protección del mercado, de la función que este tiene en la atribución y aseguramiento de las óptimas decisiones económicas que en él se adoptan. En el marco de un Mercado Único se refuerza la necesidad de conseguir los mejores resultados en esa optimización, convirtiéndose en un pilar esencial de la Unión Europea.

Así, para la posición del profesor Orduña, la abusividad no sería un control en sí mismo, sino el razonamiento último al que se llega, después del examen que se hace por las dos vías previstas en los artículo 3.1 y 5 de la Directiva 93/13: el examen de desproporción o desequilibrio importante y el examen de transparencia, como conductas antijurídicas, y la sanción es la nulidad. La jurisprudencia comunitaria habría dejado claro que el incumplimiento de la buena fe (transparencia o desequilibrio importante) conduce a la calificación de cláusula abusiva.

¹⁴⁵

Del Voto particular de J. ORDUÑA MORENO en la STS de 8 de septiembre de 2014 (464/2014).

En suma, la posición del profesor Orduña Moreno enfoca el tema de la transparencia como un principio informador en el que no sólo está involucrada la posición del consumidor en el contrato, sino que existe un interés que excede ese ámbito para convertirse en un pilar del sistema económico que rige la Unión Europea. Defiende la existencia de una categoría supranacional que debe ser asumida por la normativa española. Puede respaldar este enfoque la mención que hace la Junta Europea de Riesgo Sistémico (ESRB por sus siglas en lengua inglesa) en su Recomendación 1/2011¹⁴⁶, la cual menciona como las instituciones financieras deben facilitar a los prestatarios información suficiente a fin de que estos puedan tomar decisiones fundadas y prudentes, dándole una trascendencia macroprudencial o sistemática a la provisión de información correcta.

Ello supone, por tanto, que la condición de consumidor o no del cliente es indiferente a la hora de aplicar el régimen propuesto para los contratos con condiciones generales. La posición jurisprudencial que defiende que sólo el control de incorporación es el procedente cuando el adherente no es un consumidor¹⁴⁷ no sería admisible, por cuanto lo que se infringe al no superar el control, de transparencia es un principio general que excede la finalidad protectora de la parte débil del contrato para proteger el propio funcionamiento del mercado.

5.6. Enfoque de la transparencia en la doctrina del Tribunal Supremo fijada en la STS de 9 de mayo de 2013 (“Cláusulas suelo”)

Dictada cuando ya se habían emitido la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de junio de 2012 y la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de marzo de 2013 (Asunto C-92/11), ya citadas, constituye la base de un gran número de sentencias que, enfrentadas a las dictadas por el magistrado Orduña como ponente, presentan una estructura en la aplicación del principio de transparencia cuando la cláusula regula el objeto principal del contrato, como es el tipo de interés en las cláusulas de revisión del mismo (“suelo”). Así, se reafirma lo dicho en la sentencia de 18 de junio de 2012 en cuanto reconoce que cabe control de abusividad por falta de transparencia al referirse al objeto del contrato (variación del tipo de interés mediante “cláusula suelo”) y que este control se enfoca a enjuiciar la comprensibilidad real, que implica:

- Percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato;
- Que la misma incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago; y

¹⁴⁶ ESRB: *Recommendation on lending in foreign currencies (ESRB/2011/1) Follow-up Report—Overall assessment, September 2013*. “This sub-recommendation does not only aim at protecting consumers; it also follows a precise macro-prudential objective: when consumers take well-informed decisions, it is in the interest of the economy as a whole”.

¹⁴⁷ En este sentido, *vid.* la STS de 30 de mayo de 2018 (322/18) sobre hipoteca con cláusula suelo.

- Tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato;
- Insertar conjuntamente la cláusula “techo” con la “suelo”, cuando en la práctica era muy improbable la reducción del precio;
- Falta de simulaciones;

Incide en otros hechos para juzgar la posible falta de transparencia, como enmascarar las cláusulas en informaciones demasiado exhaustivas que “proyectan sombras sobre lo que considerado aisladamente sería claro”. Igualmente da una descripción de falta de claridad al decir que, en el contexto del contrato, a la cláusula no se le da la atención especial que merece.

En suma, la sentencia que nos ocupa distingue tres controles:

- Incorporación (se concreta en la información);
- Transparencia sustantiva (comprensibilidad real), y
- Contenido (¿existe desequilibrio entre las prestaciones en perjuicio del consumidor?).

Frente a la posición de otros autos, que hacen confluir el control de incorporación con el mecanismo de acción de nulidad por defecto en el consentimiento, esta sentencia habla de la existencia de un deber de configuración contractual del predisponente, que trasciende del mero suministro de información. En resumen, la sentencia consideró que las cláusulas cumplían el control de inclusión, no cumplían el control de transparencia material

La ejecución de la sentencia pasó por ciertas vicisitudes, por cuanto se limitó los efectos temporales de la misma¹⁴⁸, siendo corregida por la STJUE de 21 de diciembre de 2016, que negó esa limitación temporal y abrió la puerta a multitud de reclamaciones, que dieron lugar a que se estableciera un sistema de mediación dirigido por el Banco de España, a través del Real Decreto-ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo¹⁴⁹. Con arreglo a los requisitos puestos de manifiesto en la sentencia, se debería analizar si en cada caso examinado se había cumplido el principio de transparencia material.

5.7. Evolución jurisprudencial posterior

Ya hemos puesto de manifiesto cómo el profesor Orduña consolida una forma de concebir la transparencia en los contratos bajo condiciones generales como un deber cuya

¹⁴⁸ La STS de 9 de mayo de 2013 (1916/2013) fijó como doctrina que, cuando en aplicación de la doctrina fijada en la sentencia de 2013 se declare abusiva una cláusula suelo, la devolución al prestatario se efectuará a partir de la fecha de publicación de la sentencia de 2013.

¹⁴⁹ BOE núm. 18, de 21/01/2017.

vulneración no se proyecta sólo frente a un consumidor concreto, sino que supone una infracción del ordenamiento, cuyos efectos van más cerca de la necesidad de imponer una sanción al predisponente que ha infringido ese deber legal que a proyectarse exclusivamente sobre el contrato afectado. Sin embargo, a partir de la sentencia de 9 de mayo de 2013 el Tribunal Supremo va a ofrecer en sus sentencias dos enfoques: uno el de Orduña y otro el que se considera la transparencia más vinculada al control de incorporación y a la capacidad de la cláusula de ser legible o comprensible gramaticalmente. De este modo, la abusividad por falta de transparencia exigiría que la cláusula fuera también perjudicial para el consumidor, no teniendo virtualidad propia.

Así, en la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de septiembre de 2014 (464/2014), en un caso sobre hipotecas a interés variable, se enfrentan estas dos ópticas, en la medida en que el profesor Orduña Moreno, como ponente cree que no basta que la cláusula sea considerada clara y comprensible gramaticalmente para el consumidor, sino también que “el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo de conversión de la divisa extranjera al que se refiere la cláusula citada, así como la relación entre ese mecanismo y el prescrito en otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo (para que el consumidor evalúe las consecuencias económicas derivadas a su cargo)”. Por el contrario, en un voto particular se entiende que no hay nulidad por abusividad al considerar que el consumidor medio comprende el funcionamiento de este tipo de contratos y que la cláusula es clara y comprensible, está ubicada correctamente y no emboscada; es decir, basta que se cumplan los requisitos formales de transparencia, sin necesidad de ir más allá.

Así se van a consolidar estos dos enfoques¹⁵⁰, que podrá aclarar la resolución que tome el TJUE ante la cuestión prejudicial que se trata en el epígrafe siguiente. En todo caso, en

¹⁵⁰ Ya hemos referido la STS de C-452/18 sobre la extensión del ámbito subjetivo del principio de transparencia. En ella el ponente (magistrado José Vela) menciona que se rompería el principio de buena fe si existen “pactos inesperados que no responden al contenido natural del contrato” y que llevan a que el predisponente saque ventaja de su posición jurídica. La “legítima expectativa del adherente” se sitúa en el centro de la valoración. En el mismo sentido, la STS de 9 de marzo de 2017 (171/2017). La STS de 24 de noviembre de 2017 (642/2017) declara la nulidad por falta de transparencia por no haberse facilitado información precontractual al adherente, sin que la lectura del notario en el acto de la firma de la oferta vinculante se considere suficiente. La STS de 8 de junio de 2017(367/2017) declara la nulidad de la cláusula suelo por enmascaramiento de esta en el contrato, siguiendo la tesis “formalista” o de transparencia formal. La STS de 14 de diciembre de 2017 (669/2017) sobre el IRPH como índice para los préstamos hipotecarios a interés variable vuelve a enfrentar las dos posiciones al declarar la cláusula válida por referirse a un índice aprobado por la Administración en las normas de transparencia emitidas por el Banco de España, mientras que el voto particular del magistrado Orduña Moreno discrepa por no exigir ningún comportamiento al predisponente en cuanto a cómo funciona ese índice y cuál es su consecuencia en la posición económica y jurídica del consumidor en el contrato. Por su parte, la STJUE de 3 de marzo de 2020 (asunto c-125/18) sobre el IRPH respalda la posición de Orduña Moreno al estimar que el deber de transparencia comporta un plus de información y una obligación proactiva del predisponente, el cual debe facilitar la comprensibilidad de los elementos básicos o esenciales que componen el índice, así como facilitar los

todas ellas, independientemente de la conclusión a la que se llegue, se subraya la importancia que tiene el proceso precontractual¹⁵¹.

5.8. El enjuiciamiento abstracto a efectos del control de transparencia

Vista la doctrina jurisprudencial española y comunitaria, el concepto de transparencia adquiere bien un carácter de criterio por el que se valora la validez, en un sentido amplio, del consentimiento prestado por el cliente, bien un valor o principio informador del Derecho que trasciende los negocios jurídicos concretos que el juzgador debe examinar. En la posición de Javier Orduña Moreno, el control de transparencia debe tener en cuenta la complejidad del objeto de la cláusula sobre elementos esenciales del contrato, de forma que no se proyecta sobre el grado de comprensión subjetiva de cada consumidor, sino que la referencia que utiliza ese control se basa en un parámetro abstracto de comprensibilidad que se referencia a la posición de un “consumidor medio”. Con esta base, la cuestión prejudicial que se expone a continuación debe delimitar en su contestación si es posible ese control abstracto de la transparencia.

En esa línea, y en el marco de acciones colectivas representativas de una pluralidad de consumidores, nos encontramos con la cuestión prejudicial por Auto de 29 de junio de 2022 por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo (procedimiento 2251/2019) y que dio lugar al Asunto C-450/22 del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea.

En dicho auto se plantean al tribunal europeo las siguientes preguntas, sobre la base de la interpretación que ha de hacerse de la Directiva 93/13:

1. ¿Está amparado por el artículo 4, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE¹⁵², cuando se remite a las circunstancias que concurren en la celebración del contrato, y por el artículo 7, apartado 3, de la misma Directiva, cuando se refiere a cláusulas similares, el **enjuiciamiento abstracto**, a efectos del control de transparencia en el marco de una acción colectiva, de cláusulas utilizadas por más de un centenar

escenarios pasados de fluctuación de dicho índice. Otras sentencias para considerar: STS de 15 de junio de 2018 (361/2018): nulidad por no dar el plus de información necesario [ponente Orduña Moreno]; STS de 10 de noviembre de 2021 (776/2021); STS de 20 de septiembre de 2022 (615/2022). “*la información precontractual es lo que permite realmente comparar ofertas y adoptar la decisión de contratar*”. En 2023 parece decantarse por vincular el control de transparencia al de abusividad y quitarle a aquél autonomía: como ejemplo, la de STS de 18 de septiembre de 2023 (1283/2023).

¹⁵¹ *Vid.* STS de 15 de junio de 2018 (361/2018); STS de abril de 2021 (195/2021); STS de 19 de abril de 2021 (213/2021).

¹⁵² *Vid.* Artículo 4, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE: “*Sin perjuicio del artículo 7, el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato y considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurren en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa*”.

de entidades financieras, en millones de contratos bancarios, sin tener en cuenta el nivel de información precontractual ofrecido sobre la carga jurídica y económica de la cláusula, ni el resto de las circunstancias concurrentes en cada caso, en el momento de la contratación?

2. ¿Resulta compatible con los artículos 4, apartado 2¹⁵³, y 7, apartado 3¹⁵⁴, de la Directiva 93/13/CEE, que pueda hacerse un **control abstracto de transparencia desde la perspectiva del consumidor medio** cuando varias de las ofertas de contratos están dirigidas a diferentes grupos específicos de consumidores, o cuando son múltiples las entidades predisponentes con ámbitos de negocio económica y geográficamente muy diferentes, **durante un período de tiempo muy largo en que el conocimiento público sobre tales cláusulas fue evolucionando?**

El supuesto de hecho se centra en una demanda que una asociación de consumidores presentó en el ejercicio de una acción colectiva de cesación contra un total de 101 entidades financieras, comercializadoras de préstamos hipotecarios y sobre la base de la presentación de las cláusulas “suelo” en el contrato.

En la medida en que la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28), al entender de los recursos de apelación contra la sentencia de primera instancia, fijó unos criterios sobre cómo debe hacerse el control de transparencia en sede de acciones colectivas (control abstracto) el Tribunal Supremo se plantea la necesidad de que la alta instancia judicial comunitaria aclare si cabe en el marco de la Directiva 93/13 hablar de un control de transparencia de carácter abstracto en el que el baremo para enjuiciar no se basa en cómo en una determinado negocio jurídico se ha perfeccionado la relación entre el consumidor concreto y el empresario predisponente, sino en la existencia de un “consumidor medio” que sirve como referencia del nivel de comprensión de los elementos esenciales del contrato u operación financiera de que se trate.

De la lectura del auto y de la posición de la Audiencia Provincial vamos a extraer una serie de cuestiones que en cierta medida han sido recogidas por los legisladores comunitarios en la normativa que se ocupa del consumidor financiero:

¹⁵³ *Vid. Artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13/CEE: “La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible”.*

¹⁵⁴ *Vid. Artículo 7, apartado 3, de la Directiva 93/13/CEE: “Los recursos mencionados en el apartado 2 podrán dirigirse, respetando la legislación nacional, por separado o conjuntamente contra varios profesionales del mismo sector económico o contra sus asociaciones que utilicen o recomiendan que se utilicen las mismas cláusulas contractuales generales o cláusulas similares”.*

1. Una aproximación al concepto de claridad en las condiciones generales que incluye elementos incluidos en la valoración de los sesgos conductuales propios del ámbito de las finanzas conductuales;
2. Una consideración del “consumidor medio” como objetivo de las normas que tratan de ordenar la transparencia en los contratos propios de los servicios financieros;
3. Relacionado con lo anterior, y mencionado expresamente en el Auto (apartado SEGUNDO nº3), la posible estandarización de los clientes por grupos, realidad mencionada en las normas comunitarias que obligan a definir un “mercado objetivo” al diseñar un producto financiero en lo que se denominan como normas de gobierno de productos.

La Posición de la Audiencia Provincial sobre la falta de transparencia

Antes de adentrarnos en los argumentos que el Tribunal Supremo aduce para presentar la cuestión prejudicial y hacerlo en los términos que lo hace, nos detenemos en las valoraciones que la Audiencia Provincial hace sobre cómo aplicar el control de transparencia. Pare esta instancia judicial, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea da las pautas para llevar a cabo el control de transparencia en el caso del ejercicio de acciones colectivas sobre la base del enmascaramiento u oscurecimiento de este tipo de cláusulas en los contratos. Ese comportamiento del predisponente llevaría a que el consumidor no pudiera conocer el efecto económico-patrimonial de la inclusión de la cláusula suelo en los contratos.

Las actuaciones que la Audiencia Provincial considera como reveladoras de esa inclusión no transparente de la cláusula están:

1. Presentación junto a otros conceptos o elementos contractuales ajenos al precio del contrato (interés y revisión) o a circunstancias que generan una apariencia que limita en la percepción del cliente los efectos de la aplicación de la cláusula suelo;
2. Ubicación de la cláusula no compatible con la importancia de la misma en la economía del contrato, de forma que el consumidor medio ve su atención distraída;
3. Presentación de la cláusula suelo junto con la cláusula “techo”, produciendo una impresión de equivalencia económica, estando las condiciones fácticas de aplicación de la una y de la otra muy alejadas.

En consecuencia, la Audiencia contempla algunos rasgos de lo que podíamos calificar como “cláusula oscura”, y que se opondría a lo que la Ley de Contrato de Seguro define como “redacción clara y precisa” en su artículo 3 o la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, cuando habla de condiciones que deberán ajustarse a los “criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez” (artículo 5).

Pero no sólo se refiere la Audiencia Provincial a lo que pudiéramos denominar como “requisitos de incorporación”, sino que menciona los efectos que en el consumidor puede producir la forma de presentar la información, ya que habla de “apariencia” de una cláusula, que lleva a crear una convicción al destinatario sesgada con relación a la realidad de esta. Igualmente menciona cómo el hecho de enfatizar algunos rasgos de una cláusula puede llevar a “distraer la atención del consumidor medio”. Tales afirmaciones se conectan con las preocupaciones del regulador europeo y español relacionadas con las denominadas “finanzas conductuales”¹⁵⁵ que tratamos en el Capítulo Cuatro Bis de este trabajo. La reacción del legislador en torno a estas preocupaciones del juzgador se ha manifestado a través de figuras de las que tratamos en este trabajo como los modelos normalizados de información, que evitarían que la atención del consumidor fuera desviada de la información considerada esencial¹⁵⁶. A su vez, y sobre el objetivo de diseñar un “consumidor medio” el legislador europeo somete los distintos modelos de información normalizada a “pruebas de consumidor” de forma que tales formatos reflejen un nivel de comprensión medio entre un conjunto representativo de destinatarios de la información.

En tercer lugar, y como ya hemos mencionado, el legislador comunitario ha establecido una serie de normas sobre gobierno y supervisión de productos que intentan reducir la incertidumbre sobre el perfil del “consumidor medio” para cada producto, entendiendo como tal un clausulado general adaptado a dicho perfil subjetivo.

¹⁵⁵ *Vid. CADENAS SÁEZ, M.E., “Economía conductual para la protección del inversor Recomendaciones prácticas para inversores, entidades y reguladores”, Documentos de Trabajo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, núm. 70, 2020, pp. 7 y ss. Disponible en. https://www.cnmv.es/DocPortal/Publicaciones/MONOGRAFIAS/70_EconomiaConductual_ES.pdf*

¹⁵⁶ “Key Investor Information” de la Directiva 2009/65/CEE por la que se coordinan las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas sobre determinados organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios (OICVM); Ficha Europea de Información Normalizada (FEIN) de la DIRECTIVA 2014/17/UE, de 4 de febrero de 2014 sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial; Documento de datos Fundamentales del REGLAMENTO (UE) núm. 1286/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, sobre los documentos de datos fundamentales relativos a los productos de inversión minorista vinculados y los productos de inversión basados en seguros; Documento de datos fundamentales del 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); Documento normalizado de información sobre productos de seguro no vida de la Directiva (UE) 2016/97 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de enero de 2016 sobre la distribución de seguros

Argumentación del Tribunal Supremo

La base del debate por la que el Tribunal Supremo somete la cuestión al Tribunal de Justicia de la Unión Europea resume en gran parte las posiciones que la jurisprudencia del Tribunal español ha manifestado en torno al valor y alcance del principio de transparencia en el ámbito de los contratos bancarios. En resumen, en el caso que nos ocupa se pretende un pronunciamiento general sobre una serie de cláusulas empleadas por casi todas las entidades financieras del mercado español referentes a las cláusulas suelo. Se habla de “control abstracto” porque no se está proyectando sobre una relación jurídica concreta, sino que presenta una vocación de generalidad semejante a una norma jurídica. Tal generalidad lleva consigo prescindir de hacer un examen de la situación en la que un consumidor concreto se ha encontrado en el proceso precontractual en el sentido de lo que la legislación denomina “transparencia material”¹⁵⁷, en el sentido de la convicción a la que ha llegado el consumidor. En el caso de esta “transparencia abstracta” la posición individual del consumidor no importaría y el objeto del control a que se somete este conjunto de cláusulas estaría más relacionado con un control sobre la buena fe del predisponente en su labor de elaboración de las condiciones generales, aproximándose a la posición de Javier Orduña Moreno al concebir la transparencia como incluido en el control de incorporación del que ya hemos hablado al mencionar la Sentencia de 9 de mayo de 2013 (1916/2013) y su posterior aplicación.

Resumen de la posición del Tribunal Supremo

Bajo el epígrafe “sobre la compatibilidad entre el control abstracto de las acciones colectivas y el examen individualizado que requiere el control de transparencia”, el TS parte de la formulación de que “El control abstracto se hace al margen tanto de la información particularizada sobre el contenido y el alcance de la cláusula que haya podido recibir el adherente con carácter previo a la suscripción del contrato, como del resultado de su aplicación en la práctica por la entidad financiera”.

- Mencionando la jurisprudencia comunitaria ¹⁵⁸, el TS reconoce que las acciones colectivas pueden suponer una mayor defensa de los intereses de los consumidores por actuar de una forma preventiva, si bien, citando la sentencia del Tribunal Constitucional español (148/2016), de 19 de septiembre, se advierte de

¹⁵⁷ *Vid. Artículo 15 de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (“Comprobación del cumplimiento del principio de transparencia material”)* En el párrafo 5º del punto IV de la Exposición de Motivos menciona sobre la intención de la Ley: “...con el objetivo de garantizar que el prestatario tenga a su disposición la información necesaria para que pueda comprender en su integridad la carga económica y jurídica del préstamo que va a contratar y que, por lo tanto, se pueda considerar cumplido el principio de transparencia en su vertiente material”.

¹⁵⁸ *Vid. STJCE de 9 de septiembre de 2004 (asunto C-70/03).*

cómo una extensión de los efectos de una sentencia declarando la cesación de estas cláusulas en el contrato puede suponer una reducción de la autonomía de la voluntad del consumidor.

- Por otra parte, menciona la sentencia del 9 de mayo de 2013 como una muestra de la aceptación del control abstracto, pero matizando que “...el enjuiciamiento propio de las acciones colectivas se adapta muy bien a los controles de incorporación y de contenido...”. El hecho de la incorporación de una cláusula que no sea clara o comprensible supone un perjuicio al consumidor que puede gozar del efecto de generalidad que la acción colectiva conlleva. Sin embargo, no ocurre lo mismo, a juicio del Tribunal Supremo, y citando su sentencia 408/2020, de 7 de julio, cuando se trata de que la acción colectiva persigue un control de transparencia, pues ésta exige estudiar las circunstancias objetivas y subjetivas de la persona que contrata, en la que juega un papel esencial la información precontractual.
- Por ello, el Tribunal Supremo alberga dudas sobre la conveniencia de abordar el control de transparencia a través de acciones colectivas de cesación, dado el gran número de operadores afectados, la multiplicidad de tipos de consumidores a los que van dirigidas las cláusulas puestas en cuestión y la interpretación que hace de la evolución jurisprudencial del Tribunal europeo¹⁵⁹, según la cual sólo sería admisible un control de transparencia con ocasión de una acción colectiva en caso de prácticas muy estandarizadas de comercialización que produzcan de forma razonable los mismos efectos distorsionadores en los consumidores destinatarios, sin que haya margen para pensar que en el proceso de información precontractual se hayan podido solventar tales deficiencias informativas.
- En apoyo de sus dudas cita la sentencia del TJUE de 21 de marzo de 2013 (asunto C-92/11), en la que se subraya la importancia fundamental que tiene el proceso precontractual, en el que el consumidor recibe la información sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración para, con arreglo a la misma, decidir quedarse o no vinculado al contrato. Es decir, con ello el Tribunal Supremo quiere, siguiendo su línea de interpretación en un gran número de sentencias, diferenciar el control de inclusión del control de transparencia, respaldando las dudas que se le ofrecen para presentar la cuestión prejudicial. En suma, la acción colectiva prescinde de cómo cada proceso precontractual ha determinado la voluntad de cada consumidor, a pesar de, a juicio del Tribunal Supremo, la trascendencia que la propia jurisprudencia comunitaria le otorga.

¹⁵⁹ Por todas, *vid.* la STJUE de 30 de abril de 2014 (-C-26/13), Kásler que en un caso de préstamo cuyo tipo de interés está referenciado en divisas obliga a que se exponga “*de manera transparente*” el funcionamiento concreto del mecanismo de conversión “*de forma que el consumidor pueda evaluar, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas de dicho mecanismo...*”

Otro epígrafe del Auto citado se refiere a la “Dificultad de caracterización del consumidor medio”. El objeto del pleito del que nace la cuestión prejudicial exige evaluar la capacidad de comprensión de un “consumidor medio” sobre las cláusulas objeto de la controversia. El Tribunal Supremo cita la primera norma comunitaria que se refiere a ese concepto, que no es otra sino la Directiva 2005/29/CE, de 11 de mayo, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior¹⁶⁰, Directiva dirigida al comportamiento de las empresas en el mercado y a una defensa genérica de su funcionamiento, no a garantizar un consentimiento informado del consumidor. Como ya hemos visto en el epígrafe anterior, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea está adoptando recientemente una línea jurisprudencial en la que la defensa del consumidor la fundamenta en la competencia desleal en el mercado, mostrando así la correspondencia entre el comportamiento exigible al empresario y la buena fe general que se le exige, lo cual se entronca, como ya vimos con la finalidad de las normas de protección del consumidor como una de las bases del funcionamiento competitivo del mercado.

Volviendo al Auto que nos ocupa, el Tribunal Supremo cita la doctrina del Tribunal europeo sobre el consumidor medio, el cual se utiliza en algunas sentencias como referencia¹⁶¹, configurándolo como “una persona capaz de entender la información comercial que se le ofrece y, sobre ella, tomar una decisión consciente” (en expresión del Auto de referencia). Por otra parte, también el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha manifestado en alguna sentencia¹⁶² que la idea de consumidor medio está condicionada por factores sociales, culturales o lingüísticos. Sin embargo, en el procedimiento en el que se basa el Auto del Tribunal Supremo, la acción colectiva de cesación abarca colectivos de consumidores muy diferentes a los que se les aplicaría la resolución que resultara, siendo la línea jurisprudencial del Alto tribunal español que el control de transparencia se ha de realizar desde una perspectiva individual, valorando la información relevante en cada caso concreto.

Conclusión sobre la argumentación del Tribunal Supremo. – Los argumentos y dudas expuestos fundamentan que el Tribunal Supremo haya planteado esta cuestión prejudicial ante la justicia comunitaria para obtener una guía de cómo ha de valorarse el

¹⁶⁰ *Vid. Artículo 5 Directiva 2005/29/CE: “Prohibición de las prácticas comerciales desleales...2. Una práctica comercial será desleal si: a) es contraria a los requisitos de la diligencia profesional, y b) distorsiona o puede distorsionar de manera sustancial, con respecto al producto de que se trate, el comportamiento económico del consumidor medio al que afecta o al que se dirige la práctica, o del miembro medio del grupo, si se trata de una práctica comercial dirigida a un grupo concreto de consumidores.”*

¹⁶¹ *Vid. Sentencias de 16 de julio de 1998 -C-210/96 y de 13 de enero de 2000 -C-220/98.*

¹⁶² *Vid. Sentencia de 2 de mayo de 2019 -C-/614/17.*

enjuiciamiento abstracto en el marco de una acción colectiva sin que tenga relevancia jurídica en el marco del contrato individual el conocimiento del consumidor en cada caso, así como la viabilidad de que esa evaluación tenga en cuenta la existencia de un consumidor medio aunque la resolución judicial en el juicio de transparencia abarque consumidores con perfiles muy diferentes¹⁶³.

5.9. Comentario: la dificultad del control abstracto de transparencia sobre el control “clásico” de abusividad

El artículo 3 de la Directiva 93/13 configura a la cláusula abusiva como la que “causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato”. En consecuencia, el control de abusividad que se llevaría a cabo sobre las cláusulas en las que recayera estas características de desequilibrio no ofrecería ningún tipo de problema en el ejercicio de acciones colectivas de cesación, como el Tribunal Supremo afirmaba en sus sentencias sobre el control de contenido. En este sentido, ya nos hemos referido a la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2009 (792/2009), que declara una serie de cláusulas como abusivas en cuanto a su calidad de romper el equilibrio entre las prestaciones de las partes. En este sentido, la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación contempla la inscripción de esa cláusula, una vez declarada su nulidad o no incorporación en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación (artículos 11.4 y 22). En el caso que ocupa al Auto al que nos hemos estado refiriendo, en el ánimo del Tribunal Supremo está en cómo se procedería en caso de prosperar la acción colectiva de cesación de las cláusulas puestas en entredicho, basándose en la falta de transparencia, dado que no cabe la declaración de abusividad por desequilibrio de las prestaciones, al referirse la cláusula suelo al objeto principal del contrato (artículo 4.2 de la Directiva). Por lo tanto, queda evidenciado que la solución que

¹⁶³ El 18 de enero de 2024 la Abogada General se pronunció en este caso a favor de que la transparencia de las cláusulas suelo incluidas en los contratos de préstamo hipotecario pueden ser examinadas en el marco de una acción colectiva. Su razonamiento se basa en que excluir este control en el caso de acciones colectivas sería contrario a la finalidad de las acciones colectivas y resultaría contrario a la legislación europea, que persigue reforzar la tutela judicial de los intereses colectivos de los consumidores. Por otra parte, la Abogada General considera posible utilizar el estándar del consumidor medio para llevar a cabo el control de transparencia, pues este estándar es independiente de las características y del número de consumidores afectados. Es ese enfoque del consumidor medio el que está detrás del enfoque de la legislación comunitaria de los mercados financieros en cuanto a la regulación de modelos estandarizados de información, fruto de “pruebas del consumidor” que lo avalen. Tribunal de Justicia de la Unión Europea. COMUNICADO DE PRENSA núm. 12/24. Luxemburgo, 18 de enero de 2024. Documento disponible en: <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2024-01/cp240012es.pdf>

dé el Tribunal europeo será decisiva para configurar la inserción del control de transparencia en el ámbito de las condiciones generales de los contratos.

Por fin el TJUE dictó **el 4 de julio de 2024** su sentencia en el Caso 450/22, estableciendo que es posible controlar la transparencia de las cláusulas suelo en el marco de una acción colectiva que comprenda a todo el sistema bancario de un país. Debemos destacar los siguientes pronunciamientos de la citada sentencia:

1. *El Tribunal de Justicia señala que ninguna disposición de la Directiva indica que el control judicial de transparencia queda excluido en el marco de una acción colectiva. Ese control debe simplemente adaptarse a las particularidades de las acciones colectivas y concentrarse en las prácticas contractuales y precontractuales estándar del profesional con respecto al consumidor medio.*
2. *El Tribunal de Justicia observa que, en el presente caso, se cumple el primero de los dos requisitos a los que se supedita el ejercicio de una acción colectiva contra varios profesionales, ya que esta se dirige contra profesionales del mismo sector económico (el de las entidades de crédito). Las dificultades organizativas planteadas por la complejidad del asunto –debida al elevado número de entidades y de consumidores– no pueden menoscabar la efectividad de los derechos subjetivos reconocidos por la Directiva a los consumidores.*
3. *El Tribunal de Justicia señala que parece que se cumple también el segundo requisito, ya que, a salvo de las comprobaciones que deberá efectuar el Tribunal Supremo, las cláusulas suelo en cuestión parecen similares. El Tribunal de Justicia añade que el mero hecho de que los contratos en los que estas figuran hayan sido celebrados en momentos diferentes o bajo diferentes regímenes normativos no permite excluir esta similitud. A continuación, el Tribunal de Justicia destaca que es precisamente la heterogeneidad del público afectado la que hace necesario recurrir a la **figura del consumidor medio**, cuya percepción global es pertinente a efectos del control de transparencia. No obstante, esta percepción puede haber evolucionado, de modo que el Tribunal Supremo deberá comprobar si la caída de los tipos de interés, característica de los años 2000, o el pronunciamiento de su sentencia de 9 de mayo de 2013, en la que se declaró que las cláusulas suelo no eran transparentes, pudieron provocar un cambio, a lo largo del tiempo, del nivel de atención y de información del consumidor medio en el momento de la celebración de un contrato de préstamo hipotecario.*

Por lo tanto, el Tribunal Superior de Justicia consolida la idea de una transparencia material de carácter abstracto que gira en torno a la noción de consumidor medio y que reafirma la idea de una buena fe objetiva como referencia en la contratación seriada, alejándose del régimen de los Códigos Civil y de Comercio en torno al contrato de negociación. Las tesis del profesor Orduña se verían reforzadas por esta sentencia y

abrirían la puerta a una vigilancia de las autoridades de supervisión en la busca de esta transparencia abstracta.

Consumidor medio y “mercado objetivo”.- Visto el enfoque ya reiterado por la justicia comunitaria sobre el consumidor medio debemos volver a lo ya manifestado en cuanto a cómo el legislador comunitario aborda los conflictos planteados ante las jurisdicciones nacionales sobre la aplicación de las normas de protección del consumidor financiero. Las advertencias de los juzgadores sobre la difícil segmentación de los consumidores a la hora de analizar el comportamiento del predisponente producen la respuesta regulatoria de las normas sobre Gobierno de productos, en las que la entidad o el mediador financiero debe determinar un “mercado objetivo” al que van destinados los productos. Sería sobre los componentes de ese mercado sobre los que se focalizarían los controles de transparencia, basados sobre un nivel estándar de comprensión y de adecuación del producto. La labor supervisora sería el principal instrumento para evitar actuaciones contenciosas, desplazando la tutela hacia organismos administrativos frente a los judiciales. En todo caso, los órganos judiciales tendrían las normas dictadas en desarrollo de los deberes de gobierno de productos como base para el enjuiciamiento del comportamiento del predisponente.

5.10. Corolario sobre la evolución jurisprudencial en el tratamiento del contrato bancario

De la doctrina jurisprudencial que se ha reseñado se puede deducir la existencia de un desplazamiento de las instituciones que informan y fundamentan el Derecho Privado de la contratación (como los vicios del consentimiento en su papel corrector de las “patologías” contractuales) hacia otro paradigma centrado en el concepto de transparencia, que incluye un conjunto de normas y técnicas aplicadas e interpretadas por autoridades administrativas en un claro proceso de desprivatización del derecho aplicable a los contratos que se produce en el ámbito bancario (financiero). Este nuevo paradigma se integraría como una parte del Derecho del Mercado Financiero de la Unión Europea, que trascendería de las normas puramente de supervisión prudencial y de acceso al mercado, para abarcar el funcionamiento de este en cuanto a la posición de los consumidores en el mismo en su doble vertiente de protección por parte débil en el contrato como beneficiario de un entorno de competencia real en el mercado.

Consecuencias para el Contrato de seguro. – Sobre este último punto acerca de la importancia de la labor supervisora en este ámbito de la transparencia de las condiciones generales, y para conectar lo mencionado anteriormente con el ámbito asegurador, procede recordar el artículo 3 de la Ley de Contrato de Seguro que, en su párrafo tercero dice: “Declarada por el Tribunal Supremo la nulidad de alguna de las cláusulas de las condiciones generales de un contrato, la Administración Pública competente obligará a los aseguradores a modificar las cláusulas idénticas contenidas en sus pólizas”.

Recordamos este precepto, no aplicado nunca, para apuntar a qué tipo de nulidad se refiere el precepto, si a la derivada de un desequilibrio de prestaciones o a la derivada de la falta de transparencia. Más adelante desarrollamos esta puntuación. Por otro lado, tema que también apuntamos, la Administración Pública, a la que se le encomienda una labor de vigilancia de las condiciones generales en el párrafo segundo, y que la legislación de supervisión también reconoce¹⁶⁴, deberá diseñar esos poderes de vigilancia contractual en torno a la legislación especial sobre Contrato de Seguro y sobre la general sobre condiciones generales de la contratación.

Además de lo anteriormente reseñado, vemos que el derecho de seguros que está en trámite de adaptación en los años recientes ha desarrollado de una forma creciente, incluso con tendencia a la expansión¹⁶⁵, los documentos normalizados en lo que se deben recoger los rasgos fundamentales de los productos aseguradores. Tales documentos han sido objeto de “pruebas de consumidores” (búsqueda del “consumidor medio”), intentando reflejar, tanto en contenido como en formato, cómo el consumidor es capaz de obtener la mejor y más comprensible información. Este enfoque puede afectar al régimen de las condiciones generales en cuanto tales documentos normalizados recojan las características y consecuencias de las principales cláusulas de los contratos. El hecho de reflejar la comprensión del consumidor medio (“prueba de consumidor”) le confiere una “presunción” de comprensibilidad, mientras que la segmentación de los destinatarios que generan el diseño de mercado objetivo del producto refuerza el objetivo de transparencia. El carácter de estas normas (contractuales o administrativas) debe ser objeto de discusión en cuanto afectantes al funcionamiento de la relación empresario- consumidor.

6. CONCLUSIONES

1. La jurisprudencia del Tribunal Supremo (TS) y del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea (TJUE) se ha erigido como instrumento de cambio en la forma de valorar la posición del cliente-consumidor en el contrato, objeto de una gran litigiosidad, que muestra la deficiente construcción normativa sobre esta posición;
2. El carácter central de las condiciones generales de los contratos hace que el marco legal que sirve de base para esta jurisprudencia lo formen las normas que

¹⁶⁴ El artículo 95 de la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras (BOE núm. 168, de 15/07/2015) encomienda a la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones el “...control de las condiciones contractuales y modelos de pólizas ... para controlar si respetan los principios actuariales, las disposiciones contenidas en esta Ley y sus normas de desarrollo y las reguladoras del contrato de seguro...”

¹⁶⁵ En este sentido, la propuesta de Directiva “Ómnibus”, de 24 de mayo de 2023, ya introduce un documento normalizado (IPID) para los seguros de vida no incluidos en el ámbito de aplicación de los productos de inversión basados en seguros (“IBIPs”).

las regulan y las aplicables a la protección de los consumidores, y en su origen, la Directiva 93/13 sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, así como la Comunicación de la Comisión Europea de 27 de septiembre de 2019;

3. Desde el año 2000 el TJUE ha adoptado un papel protagonista en la interpretación de la citada Directiva 93/13;
4. Podemos diferenciar sentencias en las que la causa de la abusividad es la ruptura del equilibrio contractual y aquellas en las que se valoran los efectos de un deficiente suministro de información al cliente;
5. Un gran número de sentencias se han basado en los efectos de un suministro de información deficiente como generador de la nulidad del contrato por error vicio excusable;
6. Otras sentencias se han centrado en la nulidad por falta de transparencia, extendiendo la misma de este modo a los defectos de información en lo relativo a los elementos esenciales del contrato, excluidos por la normativa del juicio de abusividad por ruptura del equilibrio contractual;
7. La jurisprudencia del TJUE va a consolidar un enfoque sobre la transparencia material, que obliga a valorar la comprensión real de las consecuencias económicas de las cláusulas contractuales por el adherente al contrato;
8. Un parte de la doctrina, reflejada en multitud de sentencias, estima que la falta de transparencia implica la vulneración de un principio general del Derecho que afecta a la buena fe exigible, por lo que la jurisprudencia comunitaria se inclina por adoptar una posición sancionadora que excede la mera relación contractual objeto del pronunciamiento judicial;
9. La Comunicación de la Comisión Europea ha perfilado, sobre la base de la jurisprudencia del TJUE, la interpretación de conceptos clave de la Directiva 93/13, como los de claridad y comprensibilidad;
10. Representado por el profesor Orduña Moreno, se puede identificar una posición doctrinal en la que se considera que los contratos con condiciones generales integran una categoría contractual que se aparta de la definida por los Códigos Civil y de Comercio para los contratos de negociación;
11. La jurisprudencia del TS se ha inclinado a veces por un enfoque muy riguroso de los efectos de la falta de transparencia y otras por centrarse en la mera comprensión gramatical de las cláusulas contractuales, en lugar de focalizarse en la comprensibilidad real u objetiva de las mismas;
12. A destacar la línea jurisprudencial del TS en cuanto a entender que los documentos normalizados ofrecen un baremo a efectos de determinar el cumplimiento de los requisitos de transparencia material;
13. La Sentencia del TJUE de 4 de julio de 2024 se pronuncia a favor de la existencia de un enjuiciamiento abstracto a efectos del control de transparencia,

- que se basaría en valorar la comprensión de las cláusulas sobre la base de un “consumidor medio”, y que permitiría que acciones colectivas se basaran en esa infracción del principio de transparencia. Debe señalarse cómo la vigilancia del supervisor puede ser un mecanismo útil para valorar esa transparencia abstracta;
14. La jurisprudencia ha remarcado la aplicación de este enfoque sobre la transparencia al contrato de seguro, para el cual la legislación española reconoce en la Administración Pública una labor de vigilancia sobre las condiciones generales de los contratos;
15. La nueva normativa sobre distribución consagra a nivel legislativo los conceptos que se derivan de la idea de “consumidor medio”, a través de los requisitos exigidos por las normas de Gobierno y Supervisión de Productos (POG).

CAPÍTULO CUARTO BIS. ECONOMÍA DE LA CONDUCTA (BEHAVIOURAL ECONOMICS) EN EL CONTEXTO DE LA INFORMACIÓN PRECONTRACTUAL¹⁶⁶

1. BEHAVIOURAL ECONOMICS E INFORMACIÓN PRECONTRACTUAL

La denominada *Behavioural Economics* (BE, en lo sucesivo) surge como una vía de análisis del comportamiento de los operadores que actúan en el mercado a partir de los estudios de Herbert Simon sobre las decisiones económicas racionales, que le llevarían al premio Nobel de Economía en 1978, y que desarrolló la teoría de la “racionalidad limitada”, por la cual las personas simplemente intentan buscar una mínima satisfacción, es decir, tratan de alcanzar ciertos niveles de éxito para después, poco a poco, ir ajustando esa solución. Esta estructura de pensamiento, que H. Simon denominó racionalidad limitada estimuló muchos trabajos posteriores sobre el comportamiento de los individuos, las organizaciones y la sociedad. La base de esta racionalidad limitada es la constatación de que las decisiones de los individuos no satisfacen sus necesidades de forma total, sino que su proceso de toma de decisiones cubre solamente un aspecto parcial de las mismas, procediendo progresivamente a su satisfacción plena en sucesivas etapas.

¹⁶⁶ *Vid.* ERTA, K., HUNT S. ISCENKO, Z., BRAMBLEY, W., “Applying behavioural economics at the Financial Conduct Authority”, *Financial Conduct Authority, Occasional Paper* núm. 1, 2013, pp. 4 y ss.

En el ámbito de las decisiones que toma el consumidor de productos financieros nos encontramos con la complejidad de éstos, de forma que son capaces de cubrir muchas necesidades (cobertura de diversos riesgos, seguridad, liquidez, confianza en la entidad, información, conocimiento...) que se manifiestan en un consentimiento o aceptación en un solo acto de voluntad. Sin embargo, pon arreglo a la "racionalidad limitada" su decisión podría estar condicionada o dirigirse a la satisfacción de solo una de esas necesidades, imposibilitándole considerar el resto. Intentar ver cómo a través del período o proceso precontractual puede reducirse esa limitación sería el objeto de la BE.

Conocer el comportamiento del consumidor financiero permitiría optimizar los enfoques normativos, dado que se desecharían aquellos que no fueran capaces de reducir esa limitación. Así, un exceso de información o de documentación, que la Ley puede exigir, podría resultar inútil de cara a favorecer la toma de la mejor decisión posible por el consumidor, condicionado por su gradación en la satisfacción de necesidades.

Por ello, los estudios de BE intentarían aportar un elemento de racionalidad en la regulación y llevaría a calibrar los costes y los beneficios de varios aspectos de la misma.

EL BE muestra que algunos errores de los consumidores son predecibles y persistentes, por lo que ayuda a los reguladores a intervenir de forma más eficaz.

Utiliza mecanismos de la psicología para mostrar comportamientos que no suponen una decisión racional. Se trata de procesos automáticos e intuitivos no controlados o deliberados.

Se habla de prejuicios de comportamiento ("behavioural biases"), los cuales permiten predecir conductas erróneas.

En ocasiones el mercado no hace nada para evitar estos errores. Por ello se requiere que la regulación compense mediante normas que modifiquen o condicione las conductas. En el caso de un seguro de protección de pagos que acompaña a un contrato de préstamo hipotecario se detectó que el consumidor dirigió su foco de atención sobre la hipoteca, lo que impidió una auténtica información sobre el seguro, sus condiciones y su precio.

El estudio ("Occasional Paper nº1, FCA, UK: "Applying behavioural economics at the FCA", April 2013. K. Erta, S. Hunt, Z. Iscenko, W. Brambley) dedica una primera parte a explicar las lecciones obtenidas de los análisis hechos con las herramientas del BE en el ámbito de los mercados financieros minoristas. Con ello se tratará de determinar en qué medida se pueden predecir los errores que el consumidor puede cometer y cómo reaccionan las entidades financieras y si puede detectarse que las entidades compiten teniendo en cuenta esas conductas no deseables.

La segunda parte del estudio es instrumental, de cara a determinar cómo se puede utilizar el BE en la regulación sobre conducta financiera.

Primera parte.-

Con relación a los *problemas de conducta* detectados en los servicios financieros, resulta lo siguiente:

- La complejidad de los productos financieros lleva a que los consumidores puedan tomar sus decisiones con base sólo en lo más visible;
- En productos en los que existe un arbitraje entre el largo y el corto plazo se observa que normalmente se penaliza el largo plazo;
- Gran número de veces las decisiones están basadas en elementos emocionales;
- Las decisiones erróneas producen efectos perniciosos en el largo plazo;

Se identifican los siguientes elementos subjetivos que afectan a una decisión financiera y que pueden determinarla:

- Preferencias;
- Creencias.

Igualmente se detectan estos *prejuicios en los mercados financieros minoristas*:

- Elegir la información “preferida”;
- Atención al “marco”, a la parte presentada de forma atractiva;
- No considerar el conjunto o lo global, sino elemento por elemento;
- Capacidad de venta del asesor (técnicas de venta);
- Tratar de forma homogénea componentes diferentes.

Nos planteamos cómo estos prejuicios pueden afectar a las estrategias de las entidades, competencia y otros problemas de mercado, y en qué medida diseñan sus políticas de venta con arreglo a tales prejuicios (por ejemplo subrayar el corto frente al largo plazo).

Segunda parte.-

La Financial Conducts Authority (FCA) muestra en su estudio cómo puede usar este conocimiento para la actividad regulatoria.

El proceso de toma de decisiones del consumidor financiero se descompondría en tres partes: identificar, entender y reaccionar.

El punto de partida del regulador debe ser conocer cuál es el mejor interés de los consumidores, que actuaría como presupuesto.

En segundo lugar, el regulador detectaría indicadores que muestran potenciales errores de los consumidores. La oficina de protección al consumidor financiero de USA ha seleccionado siete señales que pueden indicar perjuicios al consumidor:

- Márgenes muy altos (indicaría falta de competencia en el mercado);

- Beneficios concentrados en un grupo de clientes;
- Rasgos del contrato de los que se podría deducir que se enfocan a subrayar las conductas de los consumidores movidas por prejuicios;
- Quejas del consumidor, reales o potenciales;
- Elecciones del consumidor fuera de toda lógica;
- Posible o real confusión.

Otro instrumento de análisis se basaría en analizar la perspectiva funcional del producto a través de comparar dos hechos:

- La necesidad que el producto debe cubrir; y
- El uso real que del producto hace el consumidor.

Este estudio previo se proporciona a la supervisión, de forma tal que lo que se ha detectado en esta materia de conducta puede ayudar a identificar la información que puede ser perjudicial y cómo las entidades las utilizan en detrimento del consumidor (p.ej, anuncios, promociones o diseños de las páginas web,...).

En general, los supervisores de conducta se plantean cada vez más introducir estos factores a la hora de evaluar no sólo los parámetros en los que se despliega la necesaria diligencia exigida a los distribuidores o instituciones financieras en general, sino también como orientaciones prácticas para elaborar las normas que afronten los procesos de toma de decisiones que llevan a la contratación por el cliente¹⁶⁷. Igualmente EIOPA se ha ocupado también de este tema¹⁶⁸, resaltando que este tipo de análisis puede mejorar la labor de los reguladores y explicar las razones que explican resultados poco satisfactorios de las normas, además de permitir una mayor eficacia en la labor supervisora, sobre la base de que los consumidores de productos de seguros o de pensiones se enfrentan a decisiones sobre realidades jurídicas y económicas complejas, variados riesgos, ofertas múltiples y en ocasiones información incompleta. La reacción ante este cúmulo de dificultades puede ser la toma de decisiones a través de “atajos mentales” que obvian datos relevantes y priorizan otros. Este tipo de hallazgos refuerza la idea de reforzar la labor de los profesionales que intervienen en estos procesos de toma de decisiones, reforzando las relaciones de agencia.

¹⁶⁷ *Vid. CADENAS SÁEZ, M.E., “Economía conductual para la protección del inversor Recomendaciones prácticas para inversores, entidades y reguladores”, op. cit. pp. 7 y ss.* El autor identifica una serie de sesgos en la toma de decisiones de inversión: Exceso de confianza, Ilusión de control, Confirmación, Anclaje, Autoridad, Efecto halo, Prueba social, Descuento hiperbólico, Aversión a las pérdidas, *Statu quo*, Predisposición al optimismo y Falacia del coste hundido.

¹⁶⁸ “*Behavioural insights in insurance and pensions supervision*”: https://www.eiopa.europa.eu/tools-and-data/behavioural-insights-insurance-and-pensions-supervision_en

2. CONCLUSIONES

1. Como reflexión frente a este tipo de estudios, cabe subrayar la idea de percepción del consumidor, y cómo distintos elementos que confluyen en el proceso de toma de decisiones pueden influirle para llegar a una conclusión y expresar su voluntad. No están lejos de esta visión perceptual el lenguaje que muchas resoluciones judiciales utilizan a la hora de analizar la situación del cliente en el momento de la contratación. La necesidad de formatos comparables y homogéneos en la información a suministrar, que luego desarrollaremos, obedece a esta tendencia para lograr una correcta percepción.
2. Los estudios sobre Economía de la Conducta muestran cómo, en virtud de una “racionalidad limitada”, las personas toman sus decisiones de forma que no cubren todos los objetivos que persiguen. Esa pluralidad de objetivos permite que ciertos factores externos condicione su decisión final, no produciendo el resultado satisfactorio de sus necesidades;
3. En el ámbito de los productos financieros este enfoque se manifiesta de manera especial dado el factor de complejidad que presentan estos, en donde un gran número de necesidades deben ser cubiertas, lo cual crea un caldo de cultivo para utilizar técnicas que introduzcan sesgos en su decisión final, generando un resultado no óptimo para la posición del consumidor;
4. La constatación de esta realidad ha producido reacciones a los distintos niveles en los que se despliega la defensa de los intereses del consumidor de productos financieros;
5. Desde la perspectiva del legislador, se reconoce esta situación cuando se habla de cómo los distribuidores o intermediarios financieros deben actuar en defensa de los intereses de los clientes, utilizando el plural como constatación de la complejidad de la decisión del consumidor. En esta línea el legislador irá desarrollando otras medidas normativas, las cuales desarrollaremos en este trabajo, en cuanto a la definición de los deseos y necesidades del cliente, el asesoramiento o la utilización de formatos de información normalizados en los que se intente correlacionar la jerarquía de necesidades a satisfacer con los niveles de información facilitados. Estos enfoques se inclinan, pues, por reafirmar la “teoría de la agencia” como mejor forma de evitar los sesgos no deseados, apoyándose en la conducta de los intermediarios financieros;
6. Desde la jurisprudencia se ha citado en sus resoluciones la posible existencia de un “consumidor medio” como sujeto de referencia que conoce sus preferencias a la hora de decidir, además de sustentar el ideal de transparencia en el conocimiento y comprensión real como marco en el que actuarían menos los sesgos en el comportamiento decisorio;
7. Desde la labor del supervisor se aborda el estudio de la conducta tratando de sistematizarla en su actividad diaria en una actuación de carácter precautorio en

evitación de distorsiones en el mercado como consecuencia de errores en la conducta desplegada por los intermediarios financieros.

CAPÍTULO QUINTO. EL PERÍODO PRECONTRACTUAL EN LA DIRECTIVA (UE) 2016/97 DE ENERO DE 2016 SOBRE DISTRIBUCIÓN DE SEGUROS

1. INTRODUCCIÓN. LA FUNCIÓN DE LOS DOCUMENTOS INFORMATIVOS EN LA PROTECCIÓN EFECTIVA DEL CONSUMIDOR

Con este título, la autoridad financiera y de los mercados de los Países Bajos ha hecho público un documento de reflexión¹⁶⁹ en el que se trata la importancia de este elemento como parte de la defensa global de los intereses del consumidor. Con ello se continúa la línea de debate que ya el informe del Parlamento Europeo inició, precursor de la necesidad de impulsar una visión más global de dicha defensa.

Se parte del incremento del volumen de estos documentos, de su excesivo contenido técnico y de a progresiva dificultad para entenderlos por los consumidores. Se proponen como instrumentos normativos complementarios:

¹⁶⁹ *Vid. “The role of information documents in effective consumer protection”*. A discussion paper by the AFM, October 2021, disponible en <https://www.afm.nl/en/nieuws/2021/december/discussion-paper-over-informatiedocumenten> y file:///C:/Users/uah/Downloads/discussion-paper-informatiedocumenten.pdf

- La optimización de la “arquitectura de decisión”;
- El gobierno de productos,
- El asesoramiento financiero obligatorio;
- Las intervenciones sobre los productos;
- La prohibición de los incentivos;
- La transparencia y
- Una normativa sobre el consumidor basada en los rendimientos [esto se conecta con los intentos de EIOPA de establecer normas sobre el valor para el consumidor de los productos unit-linked y nos refuerza los poderes que las normativas –la ley española, por ejemplo- da a los supervisores para valorar los productos de seguro].

Objetivos de los documentos informativos

Para los destinatarios de los documentos se buscan los siguientes objetivos;

1. Elección conforme a las necesidades del consumidor;
2. Comprensión de los elementos esenciales del producto; y
3. Posibilidad de comparar de forma efectiva los productos ofrecidos en el mercado.

Se hace advertencia de que estos objetivos en la práctica se encuentran condicionados por la propia realidad del proceso por el que el consumidor crea o conforma su voluntad, verificándose la falta de linealidad del mismo, así como los sesgos, las influencias de terceros y otros que en ocasiones son el resultado del exceso informativo, debiendo ser tomados en cuenta por los reguladores.

Para el funcionamiento del mercado se busca:

- Que los proveedores de servicios financieros ofrezcan mejores productos por el efecto “disciplinario” que tiene la transparencia. Los estudios de mercado son los instrumentos que van a dar al regulador la forma en la que la transparencia es capaz de mejorar la oferta de productos, a través de la reducción de costes, tipos de interés o rentabilidad;
- Que tanto los profesionales de las finanzas como otros integrantes del mercado puedan usar dichos documentos para mejorar la decisión de los consumidores.

Etapas para el regulador en torno a los documentos informativos:

- Formular los objetivos de forma clara. Se plantea la posibilidad de realizar pruebas de mercado para saber si en la práctica los consumidores entienden o no el contenido de los documentos;
- Entender la conducta del consumidor;
- Guiar la conducta del consumidor y del mercado. Ello de forma que algunos documentos persiguen una finalidad u otra (optimizar el ambiente para la elección; establecer normas sobre gobierno de productos; obligar al asesoramiento

- sobre productos complejos; poder para intervenir los productos; prohibir los incentivos; reforzar las obligaciones de transparencia; dictar normas que consideren el valor añadido de los productos para el consumidor); y
- Valoración ex post sobre la consecución o no de los objetivos perseguidos.

Directrices para la información obligatoria por Ley:

- Claridad, coherente con las necesidades del consumidor y que contenga los factores relevantes del producto (sus efectos económicos);
- Que no contenga datos falsos;
- Uniforme o reconocible para consumidores, para lo cual es conveniente mantener un formato familiar para los consumidores;
- Disposición de los documentos a su debido tiempo;
- Fácil para localizar (accesibilidad) como forma de incrementar la transparencia.

Directrices para el diseño o “fabricación” de los documentos obligatorios por Ley

- Identificar el mercado destinatario;
- Limitar la información a lo esencial;
- Uso de la información en formato digital;
- Asegurar que la información destaca;
- Especial atención a la información sobre riesgos;
- Reactividad a las peticiones de los consumidores, es decir, informarles en el momento que lo demanden;
- Evitar el uso de términos poco comprensibles o demasiado técnicos, asumiendo un reducido conocimiento de base; y
- Cuidar la presentación gráfica de la información.

Todos estos elementos son los que configuran el marco actual europeo para la defensa del consumidor financiero o de seguros, creando un conjunto de instrumentos que deben considerarse conjuntamente para poder verificar en qué medida la protección generada se puede verificar en la práctica del mercado.

2. LA IMPORTANCIA DE LAS DIRECTIVAS MIFID

La Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros “MIFID 1”) tiene como una de sus finalidades la protección del cliente a través de dos mecanismos:

- facilitar a los clientes información general sobre sí mismas, los servicios que prestan y los instrumentos financieros que ofrecen y las estrategias de inversión; y
- cumplir con determinadas obligaciones fijadas por la Directiva con el fin de actuar en el mejor interés del cliente.

Entre estas obligaciones destaca la de llevar a cabo la “mejor ejecución”, que obliga a ofrecerle al cliente los instrumentos financieros más adecuados y convenientes para que aquel elija el producto de inversión con conocimiento de causa. La Directiva afrontará este desafío a través de la clasificación de clientes en minoristas y profesionales, diferenciando los productos en función de su dificultad de comprensión por el cliente y del riesgo que incorporaban. La “mejor ejecución” la describe el artículo 21 de esta forma:

1. *Los Estados miembros exigirán que, al ejecutar órdenes, las empresas de inversión adopten todas las medidas razonables para obtener el mejor resultado posible para sus clientes teniendo en cuenta el precio, los costes, la rapidez, la probabilidad de la ejecución y la liquidación, el volumen, la naturaleza o cualquier otra consideración pertinente para la ejecución de la orden...*¹⁷⁰.

Con ello se establecen unas bases que van a tener una “vis expansiva” hacia otros sectores financieros, como el asegurador, y que se irá consolidando con la denominada Directiva “MIFID 2, y que a lo largo de este trabajo se irán materializando a través de las nuevas normas que influyen sustancialmente en la comercialización de los productos aseguradores y en el proceso de contratación.

La Directiva 2016/97 (“MIFID 2”), de 20 de enero tiene la vocación de dar un paso decisivo en el proceso iniciado con la MIFID 1 y que desplegará todos sus efectos en el seguro igualmente, a través de la generación de un auténtico marco de conducta de mercado¹⁷¹. Si la Directiva 2009/138 (“Solvencia II”) se ocupa de forma detallada (por la Directiva misma y por su extensa normativa de desarrollo) del derecho de supervisión prudencial, en busca de la estabilidad dinámica de las entidades aseguradoras, la Directiva

¹⁷⁰ Como aspectos Clave de la Mejor Ejecución, se pueden distinguir los siguientes: - *Políticas de Mejor Ejecución*: Las firmas de inversión deben establecer y ejecutar políticas y procedimientos efectivos diseñados para obtener el mejor resultado posible para sus clientes. Estas políticas deben revisarse periódicamente para asegurar su efectividad. - *Factores de Decisión*: Al determinar la importancia relativa de los factores, las firmas deben considerar las características del cliente, incluidos los objetivos de inversión, las características de las órdenes del cliente, las características de los instrumentos financieros que son objeto de dicha orden, y las características de los lugares de ejecución donde se pueda ejecutar la orden.- *Evidencia Documental*: Las firmas deben ser capaces de demostrar a sus clientes que han ejecutado órdenes de acuerdo con su política de mejor ejecución y a los organismos reguladores pertinentes que han cumplido con todas las disposiciones de mejor ejecución. - *Transparencia*: MiFID II impone requisitos de transparencia más estrictos, obligando a las firmas a publicar detalles sobre la calidad de ejecución obtenida. La implementación de la Mejor Ejecución supone que las firmas pueden utilizar una variedad de lugares de ejecución (como mercados regulados, sistemas multilaterales de negociación, formadores de mercado o cualquier otro lugar de ejecución). Las decisiones sobre dónde y cómo ejecutar una orden deben basarse en análisis que buscan optimizar los resultados para el cliente.

¹⁷¹ Sobre la fuerza expansiva de las Directivas y destacando “*la incidencia del sistema MiFID en la regulación de la distribución de seguros en un proceso de financiarización del seguro*”, vid. ZUNZUNEGUI, F., “La financiarización de la distribución de seguros”, *Revista de Derecho del Mercado Financiero, Working Paper* núm. 8, 2020, pp. 1 y ss.

IDD se ocupa de las relaciones de los operadores de seguros (empresas como distribuidores y resto de mediadores) con los clientes. El objetivo de esta norma es dirigirse a esas relaciones cuando el cliente es un consumidor, pero la dificultad de definir quién lo es y quién no aconseja dejar su desarrollo a un capítulo específico sobre cliente-cliente minorista-consumidor e inversor y sus respectivos conceptos.

La Directiva IDD trae causa de la Directiva de mediación de seguros –IMD- (Directiva 2002/92/CE), fruto de los intentos del Plan de Acción de Servicios Financieros de la Comisión Europea para mejorar los mercados financieros minoristas en la Unión Europea¹⁷². La citada IMD fue objeto de una modificación por la Directiva 2014/65/UE, de 15 de mayo de 2014 relativa a los mercados de instrumentos financieros y por la que se modifican la Directiva 2002/92/CE y la Directiva 2011/61/UE, también conocida como “Directiva MIFID 2”, por la que, con fecha de transposición 3 de julio de 2016 y aplicación 3 de enero de 2017, se incorporan las siguientes modificaciones:

1. Introducción de una nueva definición: la de “Producto de inversión basado en seguros”¹⁷³.
2. Un nuevo Capítulo III bis denominado “*Requisitos adicionales de protección del cliente en relación con los productos de inversión basados en seguros*” en el que, con relación a este tipo de productos se establecen reglas sobre los siguientes temas:
 - Prevención y gestión de conflictos de intereses; y
 - Principios generales e información a los clientes.
3. Igualmente define el ámbito de estas disposiciones, las cuales serán aplicables tanto a los mediadores como a las entidades aseguradoras cuando realicen actividades de venta directa sobre estos productos y regula los poderes de la Comisión Europea de cara a la elaboración de legislación delegada.

¹⁷² *Vid.* Comunicación de la Comisión Europea de 11 de mayo de 1999. Consultese: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=LEGISSUM:l24210&from=ES>

¹⁷³ *Vid.* Artículo 91. 1) b) de la Directiva 2014/65/UE, que lo define como “*un producto de seguro que ofrece un valor de vencimiento o de rescate expuesto total o parcialmente, directa o indirectamente, a las fluctuaciones del mercado, y en el que no estarán comprendidos: a) los productos de seguro distintos del seguro de vida, tal como se enumeran en la Directiva 2009/138/CE, anexo I: “Ramos de seguro distinto del seguro de vida”; b) los contratos de seguro de vida en los que las prestaciones previstas en el contrato sean pagaderas únicamente en caso de fallecimiento o respecto de situaciones de invalidez provocadas por accidente, enfermedad o trastorno; c) los productos de pensión que, de conformidad con la legislación nacional, tengan como finalidad primaria reconocida la de proveer al inversor de una renta en la jubilación y que dé derecho al inversor a recibir determinadas prestaciones; d) los regímenes de pensiones profesionales reconocidas oficialmente que entren en el ámbito de aplicación de la Directiva 2003/41/CE o de la Directiva 2009/138/CE; e) los productos de pensión individuales en relación con los cuales la legislación nacional exija una contribución financiera del empleador y en los cuales el empleador o el empleado no tengan posibilidad alguna de elegir al proveedor del producto de pensión”.*

Vemos, pues, que a través de la Directiva MIFID 2 se actualiza la legislación de mediación con relación a estos productos de seguro con clara vocación inversora, anticipándose al futuro Reglamento sobre los denominados PRIIPs.

3. SISTEMÁTICA DE LA IDD SOBRE LA FASE PRECONTRACTUAL

La IDD trata de regular a los sujetos que intervienen en el proceso de distribución de los productos de seguro, su estatuto jurídico y ejercicio de sus actividades en el mercado comunitario, así como las relaciones de estos con sus clientes en el ejercicio de su actividad. Se aparta de diferenciar entre la actividad de las empresas de seguros en su labor comercializadora de sus productos y la de los mediadores para considerar a todos ellos como sujetos de una misma actividad que, en aras de la igualdad de trato debe ser regulada en un único cuerpo normativo y aplicado por igual a todos ellos (Considerando 5).

La Directiva establece normas que abarcan lo que podríamos llamar el “período precontractual”, pero que también podría denominarse como “proceso precontractual”, porque no se limita a regular una actividad dentro del complejo mundo de las relaciones jurídicas que nacen de un contrato de seguro, sino que también obliga a asumir una serie de modificaciones en el funcionamiento de los sujetos que se dedican a la distribución de seguros, que afecta o debe afectar a su estructura y funcionamiento como empresarios.

De este modo, la forma de abordar esta compleja norma es exponer los tres términos que definen las distintas fases que definen el “proceso precontractual”:

- Información;
- Actuación; y
- Organización.

Junto a ello, también debe remarcarse que el sistema creado por la IDD contempla obligaciones de los distribuidores que se refieren a la fase pos contractual, que serán analizadas en epígrafe aparte.

4. LA INFORMACIÓN PRECONTRACTUAL EN LA DIRECTIVA DE DISTRIBUCIÓN DE SEGUROS

Debe distinguirse entre información activa e información pasiva. Desde la posición del cliente, la información activa es la que está obligada a proporcionar al mediador, mientras que la pasiva sería la que recibe procedente del distribuidor. Sobre la activa, se tratará más pormenorizadamente en el apartado destinado a las normas de actuación del distribuidor, en donde se examinará las obligaciones de éste en función de que intervenga o no asesoramiento o las que deben respetar en todo caso, con o sin asesoramiento.

4.1. Ámbito de aplicación

Como ya hemos mencionado, la IDD extiende su ámbito de aplicación a todos los distribuidores, independientemente de su naturaleza y características, incluyéndose agentes, corredores, operadores de “bancaseguro”, empresas de seguros, agencias de viaje y empresas de alquiler de automóviles (Considerando 5)¹⁷⁴, haciendo especial referencia a las empresas de seguros en su actividad de “venta directa” de los productos de seguro (Considerando 7)¹⁷⁵. Las razones que fundamentan esta posición son la igualdad de trato entre operadores, evitando actuaciones discriminatorias en el mercado que impidan una competencia libre e igual (Considerando 5), pero también que los consumidores gocen del mismo nivel de protección sea cual sea el canal de distribución que utilicen (Considerando 6)¹⁷⁶.

En ese sentido, estos principios reflejan los dos grandes pilares del Derecho de transparencia, que son las permitir un juego de libre competencia a través de la obligación de facilitar a los clientes la misma información, y a través de dar la información necesaria para proteger los derechos de los consumidores.

4.2. Obligaciones específicas para los Productos de Inversión Basados en Seguros (IBIPs)

¹⁷⁴ *Vid. Considerando 5. Directiva (UE) 2016/97 de 20 de enero de 2016: “Los productos de seguro pueden ser distribuidos por diversas personas o entidades, tales como agentes, corredores, operadores de «bancaseguro», empresas de seguros, agencias de viajes y empresas de alquiler de automóviles, etc. La igualdad de trato entre los operadores y la protección del cliente requieren que el ámbito de aplicación de la presente Directiva se extienda a todas esas personas y entidades”.*

¹⁷⁵ *Vid. Considerando 7. Directiva (UE) 2016/97 de 20 de enero de 2016: “La aplicación de la Directiva 2002/92/CE ha puesto de manifiesto que es necesario precisar en mayor medida una serie de disposiciones, al objeto de facilitar el ejercicio de la distribución de seguros, y que la protección de los consumidores exige ampliar el ámbito de aplicación de la Directiva a todas las ventas de productos de seguro. Las empresas de seguros que vendan productos de seguro directamente deben estar comprendidas en el ámbito de aplicación de la presente Directiva, en condiciones similares a las de los agentes y corredores de seguros”.*

¹⁷⁶ *Vid. Considerando 6. Directiva (UE) 2016/97 de 20 de enero de 2016: “Todos los consumidores deben gozar del mismo nivel de protección a pesar de las diferencias entre los canales de distribución. A fin de garantizar que se aplique el mismo nivel de protección y que los consumidores puedan beneficiarse de normas comparables, en particular en el ámbito de la divulgación de información, es fundamental que haya unas condiciones de competencia equitativas entre los distintos distribuidores”.*

Se abordará aparte las obligaciones específicas para los distribuidores que afectan a estos productos, las cuales se añaden al Régimen establecido en el Reglamento 1286/2014 (“Reglamento PRIIPs”).

4.3. Obligaciones de carácter general

- La finalidad de entregar esa información al cliente es la de que “pueda tomar una decisión con conocimiento de causa”, explicándole las características del producto que vende;
- La información debe ser elaborada por la entidad de seguros, previéndose que “en aquellos Estados Miembros en los que el intermediario de seguros diseñe el producto, a dicho intermediario”;
- El intermediario deberá contar con el personal especializado en explicar los documentos informativos en el tiempo adecuado;
- En los productos de seguro distintos del seguro de vida, se debe facilitar información normalizada, punto que se desarrolla en la Directiva;
- Toda la información precontractual debe ser accesible de forma gratuita;
- Se afirma el derecho del cliente a pedir la información en soporte papel, pero se prevé la posibilidad de utilizar otros formatos, así como comunicaciones electrónicas;
- En los seguros de grupo, el representante del grupo, si no cabe adhesión individual deberá facilitar a cada miembro los documentos de información sobre el producto y la información sobre normas de conducta del distribuidor.

De la lectura de la Directiva, se obtiene reglas diferentes para ventas en función de que se trate de ventas con o sin asesoramiento o de ventas de productos de seguros de vida o de seguros distintos del de vida. Pero en todo caso, hay normas que son comunes a todo tipo de operaciones de distribución:

- Obligación de obtener información del cliente que permita:
- Conocer sus necesidades y sus exigencias;
- Facilitar la información pertinente sobre el contrato, que sea comprensible y adecuada a la complejidad de este.

También deberíamos inducir un principio que no está expresamente enunciado en la Directiva, pero que se deduce del propio articulado y de las soluciones que el legislador adopta en cada caso. La Directiva parte de la base de la existencia de un gran número de productos de seguro que presentan rasgos muy diferentes y, sobre todo, diversa

complejidad, por lo que procede en todo momento acudir al principio de proporcionalidad como norma de conducta del distribuidor.

En las *ventas sin asesoramiento* el artículo 20 en sus apartados 1 y 2 obliga al distribuidor a facilitar información objetiva de forma comprensible a fin de que pueda tomar una decisión con conocimiento de causa, si bien dicha información se modulará con arreglo a la complejidad del producto y al tipo de cliente, en una manifestación de esa proporcionalidad tácitamente exigida.

Las *ventas con asesoramiento* implican un conocimiento mayor del cliente, basado en un análisis objetivo y personal. Ello exigirá un mayor grado de detalle en las informaciones solicitadas al cliente y se manifiesta en un mayor grado de diligencia en la actuación del distribuidor, que se manifiesta en la obligación de manejar un mayor número de opciones que ofrecer al cliente con vistas a someterle una determinada recomendación personal.

Especialidades para cada tipo o grupo de productos. - Los principios generales descritos son objeto de un tratamiento diferenciado en la Directiva según los productos que el distribuidor comercialice.

Para los seguros de vida la Directiva guarda silencio sobre la documentación precontractual a presentar, por lo que el régimen aplicable será el que resulte de los principios generales en cuanto a conocimiento del cliente, oportunidad y comprensibilidad de la información, consejo objetivo (sin asesoramiento) o personal (con asesoramiento), y el derivado de la Directiva 2009/138/UE con relación al contenido. Nada se regula sobre el formato o presentación de la citada información, salvo para los productos de vida que caen dentro del ámbito de aplicación del Reglamento PRIIPs, para los que habrá de estar a este régimen especial, como ya se ha manifestado.

En el caso de los seguros distintos al de vida, las obligaciones de información exigen la existencia de un documento normalizado (IPID), tanto en el ámbito del contenido como del formato que presenta.

4.4. El documento normalizado de información en los seguros distintos del seguro de vida (IPID)

4.4.1. La normalización del formato

En el ámbito del derecho de la transparencia, la legislación comunitaria ha optado por dar un paso adelante en la normalización de la información a facilitar por el distribuidor de los seguros. Desde la regulación de la información mínima a suministrar, presente en las Directivas de tercera generación y que se traslada a la Directiva 2009/138/UE (“Solvencia II”), el legislador comunitario de seguros acoge el enfoque de otras normas comunitarias (UCITS, Directiva de Hipotecas y Reglamento PRIIPs) para ocuparse de la normalización en la forma de presentar lo que se estima que constituyen los elementos esenciales del

producto asegurador. De ahí nace el “Documento de Información Normalizado” (IPID, de sus siglas en inglés, en lo sucesivo), que se regula en el artículo 20.6 y puntos siguientes de la Directiva 206/97/UE.

4.4.2.- Puntos esenciales de la regulación del IPID

El documento de información se regula en torno a los seguros distintos del seguro de vida¹⁷⁷, consciente el legislador comunitario de que para este tipo de seguros no se habían establecido sino unos mínimos requisitos de información¹⁷⁸ que, sin embargo, sí se exigían de forma bastante exhaustiva para los seguros de vida¹⁷⁹.

4.4.2.1. Estructura del IPID

La Directiva de distribución establece unos requisitos de forma y un contenido mínimo de la información que deberá constar en el IPID, sobre la base de que los Estados Miembros pueden establecer unos requisitos de información más estrictos que los que la normativa comunitaria exige (Considerando 52). En cuanto a la forma en que se debe facilitar la información, se reconoce el derecho del cliente a elegir entre la forma escrita o cualquier otra de carácter electrónico, bajo el principio de gratuidad, que debe extenderse a toda la información precontractual que la regulación contempla (Considerando 50). El IPID es un documento que deberá facilitarse independientemente de que la venta del producto asegurador sea con asesoramiento o sin asesoramiento, por lo que se debe deducir su carácter de documento genérico, no personalizado (Considerando 48).

Con relación al contenido, la finalidad de la Directiva es que el cliente tome una decisión “con conocimiento de causa”, facilitándole la “información pertinente” para ello. Debe rechazarse la idea de exhaustividad como fundamento de este deber de información. Siguiendo las normas que rigen para los seguros de vida, se debe informar de lo esencial, de lo que formaría el núcleo de la decisión del cliente para decidirse por uno u otro producto. No se debe identificar esta información con toda la documentación contractual que se facilitará una vez concluido el contrato. Debe entenderse que facilitar los puntos

¹⁷⁷ En el Anexo I de la Directiva 2009/138/CE (“Solvencia II”) figuran hasta 18 modalidades que pueden presentar este tipo de seguros.

¹⁷⁸ *Vid.* los artículos 183 y 184 de la Directiva 2009/138/CE, relativos a ley aplicable, sistema de reclamaciones, domicilio social del asegurador y otro tipo de información destinado a facilitar la contratación en libre prestación de servicios o libertad de establecimiento.

¹⁷⁹ *Vid.* Artículo 185 de la Directiva 2009/138/CE.

descritos en la Directiva cumpliría la finalidad de transparencia en cuanto a comprensión y comparabilidad.

4.4.2.2. Configuración formal

El artículo 20.7 da las notas de lo que debe ser el formato en el que se presente el documento, sobre las siguientes bases:

- Brevedad e independencia. La exigencia de brevedad elimina toda identificación del IPID con la documentación contractual. Su “independencia” se refiere a su carácter único, el cual no debe sustituir o completar a otro documento que se exija por cualquier otra norma o en el marco de otra negociación. Por ello se deberá regular de forma tan exhaustiva el formato o presentación, porque existirá para todo producto de no vida y en cualquier jurisdicción en donde se comercialice.
- Presentación y estructura claras, lectura fácil y caracteres legibles. Desarrollo de principios básicos en la regulación de protección al consumidor, trata de evitar interpretaciones alternativas y posibilidad de elección del tipo de letra por el oferente del producto en función del tipo de información que ofrezca.
- Evitar que se pierda información al pasar de la presentación en color a la de blanco y negro. Consolida en otras normas la utilización de colores para transmitir ideas intuitivas al cliente (Reglamento PRIIPs, Orden de “semáforos” en España), reconociéndose así la capacidad del color para advertir o para atraer la atención del consumidor sobre aspectos clave del producto.
- Utilización de la lengua del Estado Miembro donde se distribuya el producto o la pactada de común acuerdo entre cliente y distribuidor.
- Encabezamiento como “Documento de información sobre el producto de seguro”. Consecuencia lógica del carácter único del documento, se mejora la capacidad para comparar entre distintas ofertas y se evita que cada distribuidor ofrezca formatos o documento precontractuales diferentes. En el derecho español, procedería incluir este documento en la documentación del contrato de la Ley de contrato de seguro, para establecer la identificación o no con la proposición de seguro e, incluso, su relación con la solicitud hecha por el tomador, el cual ha podido tener acceso a distintos IPIDs con relación al mismo producto.
- Se deberá advertir de que el documento no es completo, es decir de que la información precontractual y contractual completa figura en otros documentos. Este punto desarrolla lo ya dicho, pero también plantea algunos interrogantes, sobre todo cuando no considera que toda la información precontractual se recoge en el IPID.

4.4.2.3. El carácter incompleto del IPID

La advertencia sobre la existencia de otros documentos precontractuales aparte del IPID es el resultado de la limitación de la extensión del mismo, que se hace constar

en la Directiva, pero también suscita una serie de dudas. En primer lugar, no es el mismo enfoque que sigue para los seguros de vida la Directiva 2009/138 en su artículo 185. Sobre la base de la fijación de unos mínimos de información, esta Directiva no prevé ninguna advertencia acerca de la existencia de documentación precontractual fuera de lo establecido en la misma, aunque, de hecho, deberes más rigurosos de información de los reguladores nacionales podrían establecerlas. En el caso de la Directiva de distribución de seguros, se reconoce el carácter incompleto de la información facilitada, lo que obliga a los Estados Miembros a legislar para incardinarse el IPID en la fase precontractual del seguro distinto del de vida. Es por ello por lo que en el último párrafo del artículo 20.7 de la Directiva se prevé la posibilidad de que los Estados Miembros integren el IPID en el conjunto de información que debe facilitarse en cumplimiento de otras disposiciones comunitarias y nacionales. En este sentido, el legislador comunitario admite un mínimo de armonización en cuanto a la exigencia del IPID pero renuncia a una plena armonización de todos los documentos de información precontractual a facilitar, ni siquiera a nivel de la normativa comunitaria. De este modo, el IPID se configura como un “esquema de referencia” de productos de seguros distintos al de vida que facilitaría la comparación y mejoraría el desarrollo de un mercado minorista de productos de seguros a nivel comunitario. Por otra parte, deja a las distintas jurisdicciones de los Estados Miembros la responsabilidad de incardinarse el IPID en el conjunto de la información precontractual a facilitar al tomador del seguro, por lo que el ejercicio de transposición a nivel nacional se antoja clave para regular de forma coherente el proceso contractual en el marco de las legislaciones nacionales.

4.4.2.4. Contenido del IPID

A la hora de abordar el contenido del IPID resulta difícil aceptar que se trata de un documento incompleto por vocación, dado lo exhaustivo de la exigencia de información que presenta.

- Existe una obligación genérica en cuanto a la obligación de que sea preciso y no engañoso”, lo cual no deja de ser una forma de expresar criterios interpretativos presentes en la legislación sobre condiciones generales o de protección del consumidor y que puede servir como argumentos para supervisar o vigilar la existencia o no de buena fe por parte del distribuidor¹⁸⁰. En este caso se trata de elaborar un juicio sobre si existe información que puede entenderse de diversas maneras o si se oculta una información que

¹⁸⁰ El artículo 158 del Código Civil consagra el principio del cumplimiento de los contratos con arreglo a las exigencias de la buena fe: “*Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley*”.

resulta de interés para la formación de la voluntad negocial. Todo ello, con la posibilidad de afectar al consentimiento como efecto último y susceptible de valoración por los tribunales. También la autoridad encargada de la supervisión del IPID utilizaría estos elementos de juicio para valorar si se cumple el objetivo de transparencia.

- “*Información sobre el tipo de seguro*”. Elemento clave para el formato del documento, como luego veremos, dado que es el elemento que permite la comparabilidad entre las distintas ofertas sobre el mismo producto. Nada dice la Directiva sobre qué criterio utilizar para armonizar el concepto “tipo de seguro. Debemos entender que la clasificación por ramos del Anexo I de la Directiva 2009/138, sería la mejor forma de afrontar esta homologación, dado que es la base para favorecer la creación de un mercado único de seguros en el que las entidades aseguradoras comunitarias son autorizadas para operar en todo el mercado único con arreglo al régimen de libre prestación de servicios o de libertad de establecimiento. No obstante, habrá productos o ramos propios de mercados nacionales para los cuales será difícil utilizar denominaciones armonizadas.
- “*Condiciones generales del contrato*”. La Directiva no utiliza este término, pero de los elementos que constituyen la información a incluir no puede sino deducirse que se integra por lo que se denominaría condiciones generales del contrato de seguro. Si entendemos que los elementos esenciales del contrato de seguro se integran por las prestaciones de las partes (prima x cobertura), todo lo referente a dichas prestaciones ha de constar en el IPID, si bien la Directiva, en su afán de darle al término “relevante” una limitación en cuanto a su extensión, habla de “resumen de la cobertura del seguro”, con inclusión de los “principales riesgos asegurados”, y un “resumen de los riesgos excluidos”. La preocupación del legislador comunitario es eliminar un exceso de contenidos y una posibilidad cierta de empleo de expresiones en exceso técnicas. No obstante, resulta difícil aplicar estos enunciados en la práctica cuando puede ocurrir que la razón de contratar del cliente no se base en los “principales riesgos asegurados”, sino en un riesgo accesorio no cubierto por las ofertas de otros aseguradores.
- En desarrollo de lo anterior, de la lectura de los elementos que resultan del artículo 20.8 de la Directiva sobre el IPID, resultaría que también estarían incorporadas las condiciones particulares del futuro contrato, ya que por dos veces se mencionan las exclusiones en cuanto a riesgos o en cuanto a aquéllas “sobre las cuales no es posible presentar solicitudes de indemnización”, las cuales entrarían a formar parte de lo que normalmente se definen en derecho de contrato de seguros español como “cláusulas limitativas” de los derechos del asegurado. No obstante, debe rechazarse cualquier interpretación que de

al IPID un carácter diferente al presentar los productos de forma genérica. Así, el Considerando (48)¹⁸¹ utiliza términos como “información normalizada” o “elementos esenciales” que excluyen el hecho de que se trate de una oferta personalizada. El borrador de normas técnicas de ejecución lo reitera y clarifica. Por último, mencionar las obligaciones durante la existencia del contrato, en caso de siniestro o los términos en los que el contrato puede finalizar y su duración cubren todos los capítulos que unas condiciones generales tipo suelen contemplar.

4.4.3. Normativa de desarrollo

La Directiva deja a la normativa de desarrollo la concreción en cuanto al formato normalizado del IPID. En el marco de la normativa que regula las Autoridades Europeas de Supervisión Financiera¹⁸², deja a la autoridad de seguros (EIOPA, por sus siglas en inglés) la tarea de desarrollar un proyecto de norma técnica de ejecución¹⁸³ (ITS, por sus iniciales en inglés) con vistas a fijar el formato. Nos encontramos, pues, ante una norma que no se ocupará del contenido, fijado en la Directiva, sino en cómo mostrar dicho contenido. Se encomienda la labor a un órgano técnico, el cual va a contar para su propuesta con una herramienta clave, como es una prueba sobre los consumidores, que, sobre la base de una muestra representativa de los distintos mercados y productos, valorará la mejor percepción que los consumidores muestran frente a distintas formas de presentación de la información, con vistas a la comprensión y a la capacidad de comparar entre distintas ofertas.

Elementos clave de la Consulta Pública sobre el proyecto de ITS. - El 1 de agosto de 2016 se somete a Consulta Pública este borrador, con fecha límite para comentarios el día 24 de octubre.

¹⁸¹ *Vid. Considerando (48) Directiva (UE) 2016/97: “Antes de celebrar un contrato, incluso en las ventas sin asesoramiento, debe darse al cliente la información pertinente sobre el producto de seguro, de modo que pueda tomar una decisión con conocimiento de causa. Los documentos de información sobre productos de seguro deben facilitar información normalizada sobre los productos de seguro distintos del seguro de vida. La elaboración de tales documentos compete a la empresa de seguros correspondiente o, en aquellos Estados miembros en los que el intermediario de seguros diseñe el producto de seguro, a dicho intermediario. El intermediario de seguros debe explicar al cliente las características esenciales de los productos que vende y, por lo tanto, su personal debe disponer de los recursos y el tiempo necesarios para ello”.* Directiva (UE) 2016/97.

¹⁸² Reglamento (UE) 1094/2010, por el que se crea la Autoridad Europea de Seguros y Pensiones de Jubilación.

¹⁸³ *Vid. Artículo 20.9 de la Directiva IDD*

Con arreglo a lo previsto en la Directiva sobre las fechas de transposición a los ordenamientos nacionales, el IPID debería aplicarse desde el 3 de febrero de 2018 en todos los Estados Miembros. A destacar los siguientes puntos básicos:

1. Como “requisitos de incorporación”, se contempla que el documento debe ser corto, único, claro y fácil de leer.
2. Su objetivo es facilitar al cliente la información relevante sobre el producto de seguros que le permita comparar entre distintas ofertas y llegar a una decisión informada.
3. El documento será compatible con la información a facilitar prevista en los artículos 18 y 184 de la Directiva 2009/138/UE, que deberá coexistir con esta información estándar.
4. No se aborda la cuestión sobre la información a suministrar en operaciones transfronterizas, al no estar contenido tal tema en el mandato de la Directiva.
5. Debe distinguirse entre el IPID y lo que se denomina “términos y condiciones” (“*terms and conditions*”), los cuales se darán al cliente junto al primero. Tales “términos y condiciones” determinan la personalización” del contrato. Ello lleva a la conclusión de que el IPID se configura como un documento genérico, por lo que excluiría las condiciones particulares o aquellas derivadas de un estudio de las necesidades y demandas del cliente.
6. Aclara que el IPID deberá facilitarse independientemente del canal de distribución que se emplee y que actúe con vistas a la perfección del contrato.
7. La prueba de mercado sobre consumidores se desarrolló en dos fases, en las que se pasó de cinco a tres modelos de formatos sobre productos de seguros de automóvil, salud y hogar, obteniendo resultados de los consumidores que han permitido diseñar la propuesta, constatando que la presentación por columnas, las secciones diferenciadas y la utilización de iconos, símbolos y colores definen las preferencias de los consumidores.

4.4.3.1. Principales puntos de debate para la consulta

1. *Utilización de un formato único para todos los productos o diferentes formatos en función del producto.* La postura previa es preferir el formato único, pero se pide opinión sobre las dificultades que puede conllevar ese enfoque.
2. *Enfoque en caso de pólizas multirriesgo.* En parte aplicación del punto anterior, se trata de optar por un único IPID para el producto o uno por cada tipo de riesgo. El enfoque del documento de consulta es optar por un único documento con base en una reducción de la complejidad, evitar confusiones, información demasiado prolífica y subrayar la idea de que es un único producto al que hay que juzgar en su conjunto, como unidad.
3. *Uso de ayudas visuales.* Partiendo de la base de su utilidad, se presentan como cuestiones a debatir el hecho de que tales iconos no deben perder su fuerza

distintiva al figurar en blanco y negro [artículo 20.7 (c)], así como en qué medida se deben considerar los iconos ya utilizados en los mercados nacionales y que tienen un cierto arraigo entre los consumidores de los mismos.

4. *Extensión del IPID.* La exigencia de brevedad [artículo 20.7 (a)] se intenta interpretar con la propuesta de prever una extensión máxima de dos caras de un folio con un tipo de letra estándar. Al tratarse de una propuesta decidida por un tipo de formato, los comentarios deben favorecer una decisión de compromiso entre la brevedad y la necesidad de que cubra las exigencias de contenido que contempla la Directiva.
5. *Expresión escrita.* La Directiva establece el derecho del cliente a disponer de la información por escrito [artículos 20 y 23 (1.a)], si bien se acepta el formato electrónico. La utilización de un formato electrónico permite enlaces de fácil utilización para la obtención de información complementaria. Sin embargo, el empleo de estas denominadas “pop-ups” podría desvirtuar el propio documento IPID, ya que en la práctica podría ser de más interés para el consumidor la información contenida en esos enlaces que en el documento principal, haciendo ineficaces los objetivos de la Directiva. La extensión del IPID y la información complementaria deben encontrar un punto de compatibilidad.
6. *Costes para la industria.* Desde el punto de vista de la política legislativa interesa hacer una estimación del coste que el mantenimiento de esta información actualizada puede suponer para las empresas, lo que debe influir para las normas definitivas que se aprueben.
7. *Tipo de cliente.* El elemento subjetivo al que va destinado la Directiva no queda completamente clarificado. Los términos “cliente” como genérico y “consumidor” como específico se utilizan indistintamente a lo largo de su articulado. También se habla de los grandes riesgos como categoría excluida en algunos puntos de la Directiva [artículo 22.1] y de clientes profesionales en el sentido de la legislación mercados financieros, también como exclusiones [artículo 22.1 final]. Claramente es un tema que exige desarrollo, sobre todo de cara a una armonización entre Estados Miembros, pero el proyecto de ITS se pronuncia por dirigir el IPID al consumidor. En un capítulo específico de este trabajo se desarrollará el elemento subjetivo al que se destina esta normativa.

4.4.3.2. Contenido del borrador de norma técnica.

Conforme a lo previsto en los Reglamentos sobre las Autoridades europeas de supervisión, una vez llevada a cabo la consulta, EIOPA presentaría un borrador de norma técnica que la Comisión Europea debería asumir o rechazar. El borrador de norma que se presenta en la Consulta Pública destaca por los siguientes elementos:

- Deberá evitarse el uso de un lenguaje técnico en lo posible;

- Habrá de advertirse que la información completa, tanto precontractual como contractual figura en otros documentos, y no en el IPID;
- La estructura del IPID contendrá los siguientes puntos: tipo de seguro, principales riesgos cubiertos, suma asegurada, ámbito geográfico, principales riesgos no cubiertos, principales restricciones y exclusiones, principales obligaciones, obligaciones en caso de siniestro, pago (de primas, duración del contrato y finalización del mismo).
- Se proponen una serie de iconos para diferenciar cada punto de información.

4.4.3.3. Estudio de impacto

Se acompaña a los documentos de consulta un estudio de impacto en el que se identifican las ideas que justifican una regulación de este tipo, lo que, en principio, debe ayudar a tomar las decisiones reguladoras precisas.

El objetivo de la Directiva es beneficiar al consumidor a fin de que disponga de unos estándares comparables en cuanto a la información que se le ofrece sobre el producto, y que se apliquen las mismas normas para todo tipo de distribuidores. La evidencia muestra que en los mercados financieros, y en el asegurador en concreto, la relación negocial presenta lo que se viene a denominar “información asimétrica”, en la medida en que, por el tipo de mercados tan complejos y el fuerte componente técnico de los productos, el asegurador o distribuidor posee mejor información que el cliente con vistas a cubrir sus necesidades. La Directiva trata de suplir estas carencias a través de ofrecer instrumentos que faciliten la obtención de una información comprensible y que permita comparar ofertas o productos. Se trata de un paso necesario para avanzar en la formación de un mercado único minorista, en este caso de productos aseguradores.

La Directiva quiere ser una respuesta a lo que la experiencia muestra en materia de información financiera, así como hacer uso de los hallazgos empíricos que las investigaciones sobre conducta del consumidor (“Behavioural economics research”) han mostrado.

Con arreglo a estas investigaciones, se demuestra que el comportamiento del consumidor no es óptimo, es decir, que no siempre decide en busca de su interés. Se identifica una denominada “racionalidad limitada” (bounded rationality) que no mejora por el suministro de más cantidad de información, muchas veces difícil de entender. La preocupación de la Directiva es, por tanto, subrayar el término “relevante” de la información suministrada. La irrupción de técnicas de psicología del comportamiento, que exigen más desarrollo, permite incidir en el proceso de selección del consumidor y en los puntos clave que le llevan a tomar una decisión, así como evitar la proliferación de normas que no se basan en estudios empíricos sobre el comportamiento.

4.4.4. Documentos de información precontractuales en el Derecho italiano

Con vistas a normalizar los documentos de información precontractual que, con la entrada en vigor de la Directiva de Distribución (IDD), se materializa en el IPID para seguros No Vida, se modifica el artículo 185 del Código de Seguros italiano, incluido en el Título XIII (“Trasparenza delle operazioni e protezione dell'assicurato”) para, al tiempo que incorpora lo previsto en la IDD sobre el documento “IPID No Vida” (“Daños” para la terminología italiana) y en el Reglamento “PRIIPs” respecto al documento “KID” para los productos de inversión basados en seguros (“IBIPs”), completa el conjunto de documentos precontractuales introduciendo un “IPID Vida”¹⁸⁴. Los artículos 185-bis y 185-ter fijarán el contenido de los dos primeros y dejará que a través de Reglamentos la Autoridad de seguros (IVASS) desarrolle lo necesario para establecer el “IPID Vida, en la medida en que la IDD no lo prevé, de manera que se cree un formato estándar, previendo lo mismo para el caso de seguros multirriesgos.

El sistema se complementará con documentos anexos (“Documenti aggiuntivi”), que complementa y desarrolla tanto el relativo a “Danni”, a “Vita”, a “Multitischi” y a “IBIPs”. Sobre el contenido de estos, relacionamos los que han sido creados por el ordenamiento italiano aparte de lo previsto en la legislación comunitaria.

4.4.4.1. Documento informativo precontractual para productos de seguro de Vida (“Documento informativo precontrattuale per i prodotti assicurativi vita”)

El documento se aplica a los productos de Vida de riesgo (“puro rischio”) para los cuales el pago del capital asegurado se produce únicamente si se produce el evento asegurado, de forma que se excluyen los seguros que tenga naturaleza financiera (se entiende que se incluirían en el Reglamento PRIIPs). El documento principal contiene los siguientes apartados:

1. Coberturas
2. Riesgos no cubiertos;
3. Límites de la cobertura;
4. Ámbito territorial;
5. Obligaciones del tomador(asegurado);
6. Pago;
7. Límites temporales de la cobertura;
8. Resolución del contrato;
9. Derechos de rescate y reducción de la póliza

El Anexo contendrá los siguientes extremos:

¹⁸⁴ (Documento informativo precontrattuale per i prodotti assicurativi vita). Articolo inserito dall’articolo 1, comma 31, Decreto legislativo 21 maggio 2018, n. 68.

1. Mercado destinatario;
2. Suma asegurada, riesgos asegurados y prestaciones;
3. Personas y riesgos excluidos;
4. Limitaciones de la cobertura (suspensión y otros supuestos);
5. Gastos (comisiones en la suscripción, en caso de rescate o ejercicio de opciones y las destinadas a los intermediarios);
6. Obligaciones en caso de siniestro;
7. Régimen aplicable a las primas (forma de pago, descuentos y reembolsos);
8. Derecho de resolución;
9. Valores de rescate y reducción;
10. Mediador que interviene;
11. Mecanismo de reclamaciones; y
12. Régimen fiscal.

4.4.4.2. Documento Anexo para productos multirriesgo (que incluye Vida, entre otras coberturas).

El Documento presenta un contenido semejante al de Vida, sólo que se añade una información específica sobre costes aplicables a los seguros de protección de pagos (“PPI”, en inglés).

4.4.4.3. Documento Anexo para productos que entran en el ámbito de aplicación del “Reglamento PRIIPS”.

Se incluyen en este grupo los denominados productos de Vida “financieros”, de forma que en el Anexo se complementa y amplía el contenido del KID para incluir, entre otros ítems, el mercado objetivo, remarcando lo relacionado con las coberturas biométricas, y múltiple información sobre los gastos, rendimientos históricos y potenciales, derecho de resolución¹⁸⁵ y régimen fiscal.

4.4.4.4. Documento Anexo para los productos cubiertos por el IPID (“Danni”)

El Documento presenta un contenido semejante a los anteriores, con especial énfasis en los costes asociados a los productos “PPI”

Par finalizar, se prevé otro documento Anexo para los seguros de responsabilidad civil del automóvil.

En suma, el regulador italiano completa el marco de la información precontractual sistematizando bajo una única metodología, creada por la IDD y por el “Reglamento PRIIPs”, la aplicable a otros productos. Será con la Propuesta de Directiva denominada

¹⁸⁵ La normativa española excluye este derecho en el caso de los seguros de vida en los que el tomador asume el riesgo de la inversión [artículo 82 a) primer párrafo de la Ley de Contrato de Seguro].

“Ómnibus”, de 24 de mayo de 2023 (“*Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifican las Directivas 2009/65/CE, 2009/138/CE, 2011/61/UE, 2014/65/UE y (UE) 2016/97 por lo que respecta a las normas de protección de los inversores minoristas en la Unión*”) cuando se plantea a nivel comunitario dicha sistematización, materializada en la implantación de un IPID para seguros de vida y en la incorporación de la información precontractual prevista en la Directiva 2009/138/CE a estos documentos normalizados, como se desarrolla en el Capítulo 13 de este trabajo.

4.5. Otros documentos de información precontractual en la normativa comunitaria

Con el fin de tener una visión de cómo en otros ámbitos de los mercados financieros se ha abordado la información precontractual, y sin ánimo de ser exhaustivo, expondremos las soluciones normativas buscadas en el caso de los contratos de préstamo hipotecario y en el de los fondos de inversión.

4.5.1. *La Ficha Europea de Información Normalizada (FEIN) en los contratos de préstamo hipotecario*

La Directiva 2014/17/UE sobre contratos de crédito celebrados con consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, regula en el artículo 14 la información precontractual a facilitar en este tipo de operaciones financieras. Además, regula en su Anexo II el contenido de la ya mencionada FEIN, instrumento en el que se materializa dicha información.

A destacar que el sujeto al que va dirigida esta información es el consumidor, tal como queda definido en el artículo 3 a) de la Directiva 2008/48/CE, relativa a los contratos de crédito al consumo; es decir, como “*...persona física que, en las operaciones reguladas por la presente Directiva, actúa con fines que están al margen de su actividad comercial o profesional...*”.

Por lo demás, el instrumento de información FEIN se basa en los siguientes principios operativos:

- Es el último paso en una cadena de información precontractual que regula la Directiva, que comienza con la de carácter publicitario y sigue con la denominada “información general”, la cual debe contener los principales elementos que configuran la futura relación jurídica hipotecaria;
- En consecuencia, se trata de una información personalizada, no genérica;
- Normalmente acompañará a la oferta vinculante realizada por el prestamista;
- Deberá facilitarse sin demora injustificada, una vez obtenida la información del consumidor, y con suficiente antelación al momento en el que el consumidor se vincule a la operación;

- Se prevé un período de reflexión de siete días para evaluar las ofertas recibidas y manifestar su decisión;
- La finalidad del FEIN coincide con otros documentos precontractuales previstos en la normativa comunitaria, es decir, comparar créditos y condiciones y ayudar a “tomar una decisión fundada sobre la conveniencia de celebrar o no un contrato de crédito”.

El Anexo II citado no se ocupa del formato del FEIN en cuanto a su apariencia (estructura, colores, advertencias por imágenes...), sino que se refiere únicamente a cómo estructura el contenido del futuro contrato. Establece hasta 15 secciones que deben formar parte del FEION y, a su vez, añade una explicación pormenorizada de cuál es el contenido de cada una de estas partes, fijando asimismo las definiciones de los distintos componentes que lo forman.

En suma, el FEIN es una pieza de información en la que al legislador comunitario le ha preocupado más el contenido que cualquier otra consideración de carácter perceptivo (presentación, formato, letra...).

4.5.2. El documento informativo de las comisiones de la Directiva 2014/92/UE sobre cuentas de pago

Esta Directiva pretende dar un paso adelante en los servicios de pago prestados en el ámbito del Mercado Único. Para ello aborda distintos temas, siempre teniendo como beneficiario de la norma al consumidor, que es definido como “...toda persona Física que actúe con fines ajenos a sus actividades comerciales o empresariales, a su oficio o a su profesión...” [Artículo 2. 1)]. Entre esos temas esta facilitar a los consumidores el cambio de cuenta de pago a otro proveedor de ese servicio, garantizar la posibilidad de disponer de una cuenta de pago básica, y, lo que constituye nuestro interés, facilitar la comparabilidad de las comisiones conexas a las cuentas de pago.

Para ello se regula el documento informativo sobre comisiones. Se trata de un documento normalizado que permitirá mal consumidor conocer y comparar las comisiones que por los distintos servicios se le van a repercutir por los proveedores de los servicios de pago. La información facilitada debe ser clara, exacta y comparable. Igualmente se prevé que se facilite a los consumidores un glosario de términos técnicos utilizados, huyendo de tecnicismos que hagan difícil su comprensión.

Para llegar a un documento informativo que permita cumplir los fines de la Directiva se prevé que la legislación delegada, a través de normas técnicas de ejecución elaboradas por la Autoridad Bancaria Europea (EBA, por sus siglas en inglés) y propuestas a la Comisión, establezca el formato de dicho documento. Ello conllevará la definición de los términos normalizados que recojan el catálogo de servicios más representativos asociados a una cuenta de pago.

En todo caso, el documento tendrá las siguientes características:

- Será breve e independiente;
- Tendrá una presentación y estructura claras, que facilite su comprensión;
- No perderá ninguna de sus capacidades distintivas e informadores si se ofrece en blanco y negro en lugar de en color;
- Se facilitará en papel o en cualquier soporte duradero;
- Será fácilmente identificable;
- Contendrá una advertencia de que sólo informa de una parte de la relación jurídica con el cliente, y de que el resto de información contractual o precontractual figurará en otros documentos;
- Será competencia de los Estados Miembros incardinarse este documento entre el resto de los que son exigidos por las normativas nacionales o comunitarias.
- No se trata de un documento personalizado, sino que tiene naturaleza genérica.
- Se prevé que se ponga a disposición en los sitios web de los proveedores de servicios, pudiéndose facilitar a quien lo solicite, sin importar su condición de cliente o no.

La EBA ha iniciado un proceso de recogida de información a través de los diferentes proveedores de cuentas de pago para elaborar una lista de servicios comunes que puedan integrarse en el documento normalizado sobre comisiones¹⁸⁶. Vemos, pues, que este documento presenta unas características análogas a las que presenta el IPID de seguros distintos sobre la vida, en la medida en que tiene un carácter genérico, informativo y no agota la información precontractual o contractual exigida por la normativa, siendo muy importante la presentación o formato en el que se ofrezca al consumidor, al que se le reconoce un derecho subjetivo a disponer de él de forma incondicional, accesible y gratuita. Sobre la normalización de los servicios ofrecidos, en el ámbito asegurador puede entenderse que la unificación de la terminología procede de la lista de ramos que la legislación comunitaria prudencial tiene establecida ya hace tiempo.

4.5.3. *El documento de datos fundamentales para el inversor en las Directivas sobre fondos de inversión (organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios- “UCITS” por sus siglas en inglés)*

Con la finalidad de crear y favorecer al mercado de los fondos de inversión en la Europa comunitaria, la Unión Europea ha aprobado sucesivas Directivas desde 1985. La necesidad de fomentar la confianza del inversor exigía el establecimiento de instrumentos

¹⁸⁶ *Directrices sobre las listas provisionales nacionales de los servicios más representativos vinculados a una cuenta de pago y sujetos a una comisión*, 11 de mayo de 2015, -EBA/GL/2015/01- .

informativos armonizados que le permitieran conocer y comparar entre los distintos fondos que el mercado ofrecía.

Así, la Directiva 2009/65/CE (Directiva UCITS en lo sucesivo) trata de establecer un régimen específico para la información obligatoria que debe facilitarse al inversor¹⁸⁷, fijando que la misma se compondrá del documento de “datos fundamentales para el inversor”, el folleto y los informes anuales y semestrales. Se preocupa la Directiva en diferenciar esta información obligatoria de la que pueda proceder de cualquier comunicación de tipo publicitario.

El documento de datos fundamentales para el inversor (KII, en lo sucesivo, de sus siglas en inglés) se regula en los artículos 78 a 82 de la Directiva citada y coincide en su naturaleza con otros documentos informativos que hemos examinado, y puede considerarse como el precedente del documento de información previsto en el Reglamento sobre PRIIPs, que será examinado de forma exhaustiva.

Se trata de un documento que va dirigido con carácter general a los inversores, sin que exista en la Directiva una diferenciación del tipo de inversor para el que se elabora. Como dice el artículo 79, se trata de información precontractual, y deberá ser claro, imparcial y no engañoso. Se trata de un documento cuya referencia es el folleto, con respecto del cual debe guardar coherencia. Igualmente se establece que sólo surgirá responsabilidad por la elaboración del KII si incumple las obligaciones establecidas: coherencia con el folleto, claridad y carácter no engañoso. Nos encontramos, pues, ante un documento que se conforma como un resumen de fácil lectura para el inversor que favorece la comprensión y la comparación entre los distintos fondos ofrecidos.

Contenido del folleto. - En el Anexo I, esquema A de la Directiva se recogen todos los epígrafes que deben constar en el folleto, hasta un total de 18, diferenciándose según el tipo de organización del fondo. Se trataría, pues, de una información exhaustiva que no contiene remisiones a otros documentos y que abarca todo lo que atañe a su funcionamiento. Por ello, al regular el KII, la Directiva se preocupa de dejar claro que habrá de constar dónde obtener el resto de la información, dado el carácter “resumido” del mismo.

Principios que rigen el KII. - En contraposición al folleto, la regulación sobre el KII hace continuo uso de términos como “documento sucinto”, “información adecuada”, “elementos esenciales”, “forma concisa”, que traslucen la idea de documento “auxiliar” en cuanto a la totalidad de información precontractual contemplada por la legislación.

¹⁸⁷ DIRECTIVA 2009/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de julio de 2009 por la que se coordinan las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas sobre determinados organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios (OICVM). Diario Oficial de la Unión Europea, de 17 de noviembre de 2009, 23/203L.

Con arreglo a lo anterior, pueden deducirse unas características de este KII:

- Gratuidad, lo cual es rasgo generalizado en estos documentos;
- Necesidad de ser facilitado con antelación suficiente a la suscripción;
- Facilitar la adopción de decisiones de inversión fundadas;
- Recogerá datos esenciales, como ya hemos apuntado;
- Información normalizada, con la finalidad de favorecer la protección de los inversores y su capacidad de comparar;
- Forma abreviada;
- Documento único de longitud limitada;
- Necesidad de presentar la información en un orden determinado en orden a la claridad y simplicidad en la presentación;
- Ofrecerá una comparación útil sobre costes y riesgos;
- Deberá existir para todos y cada uno de los fondos existentes;
- Se configura como una obligación de los gestores, sociedades de inversión o intermediarios.
- Si bien la Directiva no hace una distinción entre distintos tipos de inversores de forma genérica, cuando regula el KII establece que la expresión debe permitir que las informaciones en él contenidas puedan entenderse por los inversores minoristas, huyendo de lenguaje técnico.
- Uno de sus objetivos principales será la comparación de costes y los perfiles de riesgo de cada fondo, con vistas a facilitar la decisión de inversión.

Legislación delegada. - La enunciación de los principios que rigen el KII exige un desarrollo, que tiene como finalidad llegar al máximo detalle en cuanto al contenido del documento, por lo que se deja a la Comisión Europea el mandato de desarrollar el documento de forma “pormenorizada y exhaustiva” (artículo 78.7 de la Directiva), a través de actos delegados. Igualmente contiene un mandato específico con relación a ciertas estructuras de fondos¹⁸⁸. Es decir, hasta cinco estructuras diferentes de fondos

¹⁸⁸ *Vid. Artículo 78.7 b Directiva 2009/65/CE: “La Comisión podrá adoptar, mediante actos delegados de conformidad con el artículo 112 bis, medidas en las que se defina lo siguiente: b) el contenido pormenorizado y exhaustivo de los datos fundamentales que han de proporcionarse a los inversores en los siguientes casos específicos: i) cuando se trate de OICVM que tengan diversos compartimentos de inversión, los datos fundamentales que hayan de proporcionarse a quienes inviertan en un determinado compartimento de inversión, en particular cómo pasar de un compartimento de inversión a otro y los costes que ello conlleve, ii) cuando se trate de OICVM que ofrezcan diversas clases de acciones, los datos fundamentales que hayan de proporcionarse a quienes suscriban una determinada clase de acciones, iii) en las estructuras consistentes en un fondo de fondos, los datos fundamentales que hayan de proporcionarse a quienes inviertan en un OICVM que, a su vez, invierta en otros OICVM u otro de los organismos de inversión colectiva a que se refiere el artículo 50, apartado 1, letra e), iv) cuando se trate de una estructura de tipo principal-subordinado, los datos fundamentales que hayan de proporcionarse a quienes inviertan en un OICVM subordinado, y v) cuando se trate de OICVM estructurados, de capital*

deberán tener disposiciones específicas sobre el contenido “exhaustivo y pormenorizado” de sus KII. Saltando a otro contexto normativo, lo anterior denota la dificultad del desarrollo del Reglamento PRIIPs. Si para un único producto la Directiva UCITS contempla documentos de información diferenciados para sus distintas alternativas, al Reglamento PRIIPs se le manda para que un único formato cubra productos que proceden de mercados financieros diversos con la obligación de fijar metodologías similares para cada uno de los capítulos de lo que será el KID.

Siguiendo con la legislación delegada en UCITS, se prevé en su Directiva (artículo 78.8) la posibilidad de que la autoridad europea de supervisión de mercados (ESMA por sus siglas en inglés) pueda desarrollar normas técnicas de ejecución con el fin de asegurar que la normativa sobre contenido y formato del KII se aplica de forma uniforme.

En desarrollo del mandato de la Directiva UCITS, la Comisión Europea dictó unos actos delegados, a través del Reglamento (UE) 583/2010, de 1 de julio, con un doble contenido:

- Desarrollar el contenido del KII; y
- Regular las condiciones en las que tanto el KII como el folleto podrán facilitarse a través bien de un soporte duradero distinto del papel, bien mediante un sitio web.

Desarrollo del contenido del KII.- Interesa subrayar que este contenido no puede ser alterado por ninguna normativa nacional salvo que este Reglamento lo permita (artículo 3), siendo la exhaustividad de la norma una manera de armonizar y eliminar el riesgo de dispersión incluso basada en posibles mejoras de la información por las jurisdicciones nacionales. Igualmente hay preocupación por el contexto de la presentación del documento, evitando que el inversor no le dé la importancia que tiene, en línea con la importancia que se da a la percepción que el destinatario pueda generar ante la información.

Más en concreto, se regulan los siguientes extremos:

- Título y contenido del documento. Se remarca la importancia de mantener una denominación y numeración de los capítulos del documento y en asegurar que el mismo destaca entre toda la información de carácter comercial;
- Lenguaje, extensión y presentación. Junto a los principios de sencillez, evitando la utilización de términos de difícil comprensión, se pronuncia el Reglamento por una extensión máxima del documento de dos páginas DIN-A4. Esta extensión se convertirá en una especie de estándar para este tipo de documentos de información precontractual.

garantizado y otros OICVM equiparables, los datos fundamentales que hayan de proporcionarse a los inversores respecto de las características especiales de tales OICVM”.

- Objetivos y política de inversión. Se ocupa el Reglamento en concretar los derechos que tiene el inversor con respecto a los fondos en los que invierte y sobre cómo funciona el mismo en virtud de los activos que lo constituyan;
- Perfil de riesgo y remuneración. Se prevé un indicador sintético de riesgo, numerado del 1 al 7 y una descripción de cada uno de los riesgos existentes. Se explicarán los cálculos que han llevado a definir el indicador sintético.
- Gastos y explicación de estos. Se diferenciarán entre los gastos de entrada, de salida y corrientes, se explicarán los mismos, previéndose que se hagan referencias a apartados del folleto que los explique mejor.
- Rentabilidad histórica. En este punto se establece como regla general que la información, a través de diagrama de barras abarque los diez años anteriores, si se dispone de esa información, se explique el método de cálculo y se realicen simulaciones, incluyendo advertencias sobre el carácter histórico de las mismas.
- Información práctica en cuanto a cómo realizar el seguimiento del fondo, de tipo fiscal o con relación al depositario.
- Remisiones. A destacar este tema, al ser una constante en los documentos de información precontractual. El principio de funcionamiento es que las remisiones deben ser las menos posibles, con la peculiaridad que tiene en los UCITS de disponer del folleto y de los informes anuales como documentos complementarios y de contenido normalizado, lo cual no se da en otros ámbitos (PRIIPs o seguros).

Los Anexos del Reglamento regulan la presentación de tres partes clave del KII: la del indicador sintético de riesgos, la de los gastos y la de la rentabilidad esperada.

Por último, se regulan de forma detallada los KII que deberán redactarse para cuatro tipos de estructuras de UCITS:

- UCITS con diferentes “compartimentos” de inversión;
- UCITS compuestos por diferentes tipos de acciones o participaciones;
- UCITS compuestos de distintos fondos (“fondos de fondos”);
- UCITS estructurados; y
- UCITS derivados.

En cada caso hay una adaptación normativa al tipo de fondos, de forma que si hay diferentes “compartimentos” deberá hacerse un KII por cada uno de ellos o por cada tipo de acciones o participaciones, mientras que para los derivados y estructurados se establecen sistemas excepcionales de presentación de la rentabilidad esperada. De nuevo, si lo comparamos con el ejercicio armonizador del Reglamento PRIIPs destaca la dificultad de una presentación única de los productos que corresponden a este grupo heterogéneo de instrumentos y contratos financieros.

A reseñar que la normativa UCITS no prevé abordar un formato específico para la presentación del KII, ocupándose solamente del contenido del documento.

Por parte de la Autoridad ESMA se han dictado directrices para la correcta interpretación de las normas relativas al KII. En concreto, en julio de 2010 sobre la metodología para calcular el indicador sintético de riesgos y rentabilidad en el KII, así como la metodología para el cálculo de las cifras de gastos corrientes en el KII.

Régimen transitorio en el Reglamento PRIIPs.- Los artículos 32 y 33 del citado Reglamento 1286/2014 eximen a los fondos UCITS de cumplir las obligaciones de este acerca de la elaboración del documento de datos fundamentales (conocido por KID por sus siglas en inglés), esperando a la revisión que deberá hacer la Comisión Europea a finales de 2018 para sustituir el KII por el KID, en función de la evolución de los mercados financieros minoristas. La Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, por el que se modifica el Reglamento (UE) n.º 1286/2014 en lo que respecta a la modernización del documento de datos fundamentales, de 24 de mayo de 2023, actualiza el régimen legal aplicable a este tipo de productos.

4.5.4. Seguros sin documento informativo normalizado

Como ya se verá más adelante, el Reglamento (UE) núm. 1286/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014 sobre los documentos relativos a los productos de inversión minoristas vinculados y los productos de inversión basados en seguros (“Reglamento PRIIPs”), tiene entre sus principales cometidos regular el documento que deberá presentarse al cliente con anterioridad a la contratación del producto que entra bajo el ámbito del citado Reglamento, o documento “KID”. Tal reglamento se ocupa no sólo del contenido del documento, sino del formato en el que debe constar la información en él contenida.

En consecuencia, y con arreglo a los ejemplos ya vistos de otras normas del derecho del mercado financiero de la Unión Europea reguladoras de los servicios financieros destinados a clientes minoristas, parece deducirse una línea de política legislativa comunitaria preocupada por la regulación del formato en el que se presenta la información precontractual.

Sin embargo, a la luz de los dos principales cuerpos normativos que regularán esta materia en el ámbito de los seguros, se aprecian productos de seguros no cubiertos por la obligación del formato común.

Por un lado, como ya se ha visto, el IPID se consagra como pieza informativa de formato normalizado para los productos de seguros pertenecientes a los ramos No vida, a tenor de lo previsto en el artículo 20.7 de la Directiva IDD y de las normas técnicas de ejecución que lo desarrollos.

Igualmente, los productos de inversión basados en seguros (“IBIPs”) que entran bajo el paraguas normativo del Reglamento PRIIPs quedarán sometidos al documento KID, con el formato fijado a través de las normas técnicas de regulación previstas en el artículo 8 del Reglamento.

Por ello, quedan una serie de productos de seguros que no dispondrán por norma comunitaria de un formato normalizado, siendo, por tanto, competencia de los Estados Miembros establecer o no la existencia de ese formato. Esta carencia afecta, pues, a los productos de seguros de Vida no incluidos en la categoría IBIPs, por lo que los artículos 2.3 de la Directiva 2009/138/CE (Directiva “Solvencia II”) y su Anexo II (“Ramos de seguro de vida”), serán los instrumentos normativos que definirán las operaciones de seguro que a nivel comunitario no precisan de la elaboración de un documento precontractual de formato normalizado. Ello sin perjuicio de respetar el contenido mínimo informativo previsto en el artículo 186 de la citada Directiva.

5. LA ACTUACIÓN DEL DISTRIBUIDOR EN LA DIRECTIVA DE DISTRIBUCIÓN DE SEGUROS (DIRECTIVA 2016/97/UE)

El enfoque amplio de la Directiva en cuanto a su concepto de distribución¹⁸⁹ permite que la misma establezca todo un régimen de normas de actuación de las entidades aseguradoras y todos aquellos que realizan actividades de distribución en beneficio del cliente o consumidores de seguros.

En este sentido, la Directiva quiere dejar claro que las disposiciones que reglan las normas de conducta sólo afectan a las relaciones entre empresas y consumidores (Considerando 41), lo que nos lleva a debatir la cuestión sobre los diferentes actores que intervienen en esta Directiva, y que se desarrollan posteriormente en este trabajo.

Independientemente de las obligaciones de facilitar determinados elementos de información, el distribuidor de seguros debe llevar a cabo una actuación en la que, con respecto de su cliente habrá de respetar los siguientes principios:

- Evitar los conflictos de interés entre clientes y los suyos propios. La Directiva centra este tema en las remuneraciones que el distribuidor recibe por su actividad;

¹⁸⁹ *Vid.* Considerando (5) y (7) de la Directiva 2016/97, donde se aluden a la necesidad de igualdad de trato al consumidor independientemente de quien sea la persona o entidad que intervenga en la distribución, por lo que incluye a las aseguradoras como destinatarias de las normas contenidas en la Directiva. Por su parte, el artículo 2.1 define la actividad de Distribución como “...toda actividad de asesoramiento, propuesta o realización de trabajo previo a la celebración de un contrato de seguro, de celebración de estos contratos, o de asistencia en la gestión y ejecución de dichos contratos, en particular en caso de siniestro, incluida la aportación de información relativa a uno o varios contratos de seguro de acuerdo con los criterios elegidos por los clientes a través de un sitio web o de otros medios, y la elaboración de una clasificación de productos de seguro, incluidos precios y comparaciones de productos, o un descuento sobre el precio de un contrato de seguro, cuando el cliente pueda celebrar un contrato de seguro directa o indirectamente utilizando un sitio web u otros medios”.

- Convertirse en gestor de los intereses de su cliente, teniendo como objetivo lograr la mejor ejecución posible de la negociación. El distribuidor no actuará de forma pasiva, simplemente respondiendo a la demanda concreta de su cliente, sino que desplegará una actividad en busca de la mejor oferta para aquél, requiriendo datos e información sobre el mismo. El resultado diferirá según proporcione o no asesoramiento al cliente, pero será una diferencia de grado más que de hacer o no hacer su función;
- Reforzar su forma de actuación con respecto a su cliente en el caso de que el objeto de la operación sea un producto de inversión basado en seguros (IBIPs, de sus siglas en inglés). En este punto, la visión de la Directiva es transformar al cliente en inversor [así en los Considerandos (56) y (61), entre otros, se habla de “inversor”]. En este caso, la Directiva se considera complementaria a la regulación que el Reglamento PRIIPs establece sobre el documento de información normalizado, inspirándose en las normas ya fijadas en las Directivas MIFID.

En suma, la Directiva concreta los deberes de diligencia que al distribuidor se le va a exigir en sus relaciones con los consumidores, con vistas a optimizar la oferta y gestionar sus intereses como un leal representante de los mismos.

5.1. Evitación de los conflictos de interés y actuación con o sin asesoramiento

La Directiva justifica la necesidad por el distribuidor de gestionar sus posibles conflictos de interés con base en dos grupos de circunstancias:

- Las actividades que éstos desarrollean, además de la puramente distribuidora¹⁹⁰. Lógicamente, al incluir en el ámbito de la Directiva a las entidades aseguradoras por su actividad de venta directa de seguros, las posibilidades de estos conflictos aumentan, con base en su estructura societaria –perteneciente o matriz de un grupo, desarrollo de actividades de gestión de activos....-.
- Las retribuciones y forma que estas presenten, derivadas de su actividad de distribución [*principalmente Considerandos (40) y (41)*].
- Establece un régimen especial para los IBIPs, que abarca no sólo conflictos de interés sino la valoración de los conocimientos y capacidad del inversor para contratar, junto con más desarrollos por normas de distinto nivel, y de las que nos ocupamos en capítulo aparte.

¹⁹⁰ *Vid. Considerando (39) Directiva 2016/97/UE: “La continua ampliación de la gama de actividades que muchos intermediarios y empresas de seguros desarrollan simultáneamente ha incrementado las posibilidades de que surjan conflictos de intereses entre esas diferentes actividades y los intereses de sus clientes. Por ello, resulta necesario establecer normas que garanticen que tales conflictos de intereses no lesionen los intereses del cliente”.*

Transparencia como base del sistema. - Para los productos de seguros que no entran en la clasificación de IBIPs, la Directiva confía en la transparencia como herramienta para actuar frente a los posibles conflictos de interés. El medio, pues, es la información que suministrar al cliente, la cual se somete a los principios de claridad, comprensibilidad, suministro prioritario en papel, antelación suficiente, información mínima armonizada y gratuidad (artículo 23).

Junto a ello, se proclama la necesidad de actuación profesional, ética y honesta del distribuidor, siempre en beneficios del cliente como regla interpretativa. También se enuncia un principio general con relación a las remuneraciones a percibir por la actuación del mediador, evitando cualquier sistema que pueda inducir a la venta de productos de un tipo en lugar de los que se ajusten mejor a las necesidades del cliente, y proyectándose en concreto sobre los empleados de las entidades aseguradoras, obligadas a informar de las remuneraciones que aquellos perciben con relación al contrato.

En una aproximación más detallada, y debido a su posición en la formación del contrato, las obligaciones de transparencia se desarrollan con respecto a los intermediarios de seguros¹⁹¹. Distinguimos por su finalidad, los diferentes tipos de información:

- *Vínculos del intermediario con entidades de seguros.* - Se obliga a informar al cliente tanto de las participaciones en entidades de seguro superiores al 10% del capital o de los derechos de voto, como, a la recíproca de la posible posición como entidad participada de una entidad de seguros de forma directa o indirecta con el mismo porcentaje ya mencionado.
- *Posición del intermediario frente al contrato.* - En este punto, la Directiva obliga al intermediario a revelar todo lo relativo a las relaciones con las empresas de seguros en cuyo nombre va a intermediar y sobre el tipo de relación que mantiene con el cliente:
 1. Debe informar sobre los acuerdos de distribución que mantiene con las entidades aseguradoras, si tiene o no carácter exclusivo y si estos acuerdos existen o no. Se trata de informar sobre el universo de oferentes con el que actúa o puede actuar, vinculándolo a la actuación del intermediario en la modalidad con o sin asesoramiento.
 2. Debe informar sobre si realiza un mero ofrecimiento o un asesoramiento basado en un análisis objetivo y personal. La Directiva, como ya se ha visto, exige unos estándares de diligencia diferentes en función del tipo de actuación del intermediario.

¹⁹¹ *Vid. Artículo 2.1 3) Directiva 2016/97/UE que define al intermediario de seguros como: “toda persona física o jurídica, distinta de una empresa de seguros o de reaseguros y de sus empleados, y distinta asimismo de un intermediario de seguros complementarios, que, a cambio de una remuneración, emprenda o realice una actividad de distribución de seguros”.*

En todo caso, las informaciones sobre su relación con las entidades se habrán de suministrar se actúe o no con asesoramiento.

- *Remuneración del intermediario.*- en este punto, la información que exige la Directiva es exhaustiva, incluye todo tipo de remuneración, ventaja económica o incentivo que surja a consecuencia de la venta del contrato. La redacción de la norma trata de cerrar cualquier tipo de elusión que pudiera surgir en este ámbito con base en la literalidad de la norma, sea un pago realizado por la entidad aseguradora, o lo sea por el cliente.
- *Información durante la vida del contrato.*- Como ocurre con relación a otras obligaciones de información, si bien no entra en el objeto de este trabajo, existe una obligación, tanto para el intermediario como para la empresa de seguros, de comunicar al cliente toda la información ya citada relativa a todo los pagos ajenos a las primas periódicas y otros pagos previstos en el contrato.

5.2. Legislación delegada

Con relación a estos apartados en cuanto reguladores de la actuación de los intermediarios y empresas de seguros en la venta de productos no pertenecientes a la categoría de IBIPs, la Directiva no prevé normas de desarrollo por la Comisión Europea ni por la autoridad EIOPA.

- *Poder general de los Estados Miembros en la transposición de la Directiva y actuación de EIOPA.*- Consciente de su carácter de “Directiva de mínimos” (Considerando 52), se reconocen los poderes que los Estados Miembros tiene para ser más exigentes en cuanto a los requisitos exigidos en materia de información a los distribuidores de seguros que actúen en su jurisdicción. Sigue, por tanto, lo ya reconocido por la jurisprudencia del TSJUE (por ejemplo, la sentencia citada de 9 de abril de 2015). Se afirma un principio general por el cual pueden dictar disposiciones “más estrictas” en materia de información, el cual se acompaña con una exigencia de “transparencia comunitaria”, en cuanto a la obligación que los Estados Miembros asumen de mantener informados a la Comisión Europea y a la autoridad EIOPA (AESPJ, en su versión en español) de tales disposiciones¹⁹². La necesidad de garantizar el funcionamiento del Mercado Único exige que cualquier especialidad nacional sea comunicada y garantizado su conocimiento. A tal fin,

¹⁹² Vid. Artículo 22.2 Directiva 2016/97/UE: “Los Estados miembros podrán mantener o adoptar disposiciones más estrictas sobre los requisitos en materia de información prevista en el presente capítulo siempre y cuando dichas disposiciones sean conformes al Derecho de la Unión. Los Estados miembros comunicarán a la AESPJ y a la Comisión dichas disposiciones nacionales” Artículo 22.4 Directiva 2016/97/UE: “Para establecer un nivel elevado de transparencia por todos los medios apropiados, la AESPJ velará por que la información relativa a las disposiciones nacionales que se le comunique sea también comunicada a los clientes y los distribuidores de seguros y reaseguros”.

se encomienda a EIOPA que garantice que esas disposiciones nacionales se comuniquen a los clientes y a los distribuidores de seguros. Esta obligación resulta algo extraña en cuanto a su formulación por cuanto no se concreta los medios de los que podría valerse EIOPA para asegurar el cumplimiento de este precepto¹⁹³. La encomienda de que esas disposiciones sean comunicadas a las partes del contrato (clientes y distribuidores) hacen entrever unas funciones de supervisión directa que no encuentra amparo en la regulación sobre las ESAs. Procede una interpretación correctora a fin de realizar una labor de recopilador de normas nacionales para cuyo acceso por las partes ofrezca algún tipo de herramienta de fácil manejo o acceso.

- *Poderes particulares de los Estados Miembros en la transposición de la Directiva.* - Se fijan dos ámbitos en concreto en donde los Estados Miembros podrían ser más rígidos que la Directiva:
 1. Relacionar los productos para los cuales el asesoramiento es preceptivo o establecer esa forma de venta para cualquier producto de seguro. Se trata de una competencia que también se reconocerá para los productos IBIPs.
 2. Limitar o prohibir los incentivos o remuneraciones del tipo que sea que puedan recibir los distribuidores de seguros procedentes de tercera persona. Se debe entender por tercera persona cualquiera que se sitúa fuera de la relación contractual. Cabría deducir un conflicto de interés si se dan este tipo de retribuciones, en perjuicio del cliente.

5.3. Obtención de información previa sobre el cliente

Bajo la expresión “exigencia y necesidades” del cliente, la Directiva obliga al distribuidor a desplegar una actuación que tiene como objetivo final hacer una oferta adecuada al perfil de este. No obstante, el resultado va a variar según nos encontremos ante una u otra categoría de venta: con o sin asesoramiento, como se ha visto en el apartado correspondiente. En este capítulo sobre la actuación del distribuidor, cabe deducir dos formas de llevar a cabo esta exploración del perfil del cliente y de cumplir el nivel de diligencia exigido:

- En las ventas sin asesoramiento la información a recoger será más amplia, sin entrar en detalles personales del cliente. Se trataría de un tipo de cuestionario en el que se contemplaran necesidades genéricas de aseguramiento, comunes a colectivos amplios (conductores, salud, responsabilidad civil general, viajeros...).

¹⁹³ El Reglamento 1094/2010 contiene una serie de artículos donde se definen los poderes de este supervisor europeo con relación a la defensa de los consumidores. Ni en las funciones generales de EIOPA del artículo 8, ni en el concreto artículo sobre la defensa de los consumidores (artículo 9), ni en las previstas en el artículo 17 sobre infracciones del Derecho de la Unión parecen encajar las tareas reconocidas en la Directiva IDD.

- En las ventas con asesoramiento debe deducirse que cabría entrar en las características que alejan al cliente del contratante medio, intentando recalcar lo que le caracteriza como diferente del perfil medio. No cumpliría su obligación si el distribuidor renuncia a identificar rasgos o necesidades propias y en cierta medida únicas del cliente. De nuevo, la aplicación del principio de proporcionalidad también modularía esta actuación del distribuidor.

5.3.1. Conocimiento del cliente y solicitud de seguro

Las obligaciones de obtención de información previa sobre el cliente se fijan como obligatoria por la Directiva, planteándose la pregunta de cómo podría incardinarse en la formación del contrato de seguro. Ha de considerarse que en el proceso precontractual va a adquirir una importancia clave la oferta del distribuidor, la cual se va a considerar, en el nuevo contexto de la Directiva, un juicio experto sobre lo más conveniente para el cliente. Es el vehículo para reducir o eliminar la asimetría informativa existente en las relaciones jurídicas nacidas en el ámbito de los servicios financieros. Por ello, el esquema de contrato de seguro que surge de estas obligaciones discrepa del propio de la Ley de Contrato de Seguro, en la que la relación jurídica puede nacer de la llamada “solicitud” de seguro, petición de asegurarse por el cliente. El artículo 6 de la LCS sólo se ocupa de la solicitud en cuanto eliminar la posible interpretación como oferta de contrato del tomador, protegiendo sus derechos en la medida en que no le vincula y rompiendo en favor del consumidor el equilibrio del contrato al oponerla a la proposición del asegurador y hacerla, esta sí, vinculante para el proponente. En el esquema de negociaciones precontractuales que nace de la Directiva, la proposición ha exigido el despliegue de una actividad previa por el distribuidor en busca de los rasgos del perfil del futuro tomador. Frente a una solicitud a la que la doctrina no exige que incluya todos los elementos del contrato (al no tratarse de una oferta), la proposición sí es un compromiso firme del asegurador o intermediario. En este sentido cabría plantearse la necesidad de regular un “deber previo de declaración de perfil” al asegurado o tomador, en línea con el deber de declaración del riesgo del artículo 10. Incluso se podría pensar en integrarlo en él, ampliándolo, pues debería contener preguntas sobre esas necesidades del cliente a cubrir. Otra forma de integrar esta actividad en la formación del contrato sería establecer como obligatoria la solicitud del contrato, consistente en responder al cuestionario presentado por el futuro proponente para crear el perfil del tomador. Como ya se ha dicho, el proyecto de Código Mercantil encuadra la proposición de seguro en el marco de las obligaciones de transparencia. La solicitud podría cambiar su naturaleza para recoger la nueva forma de actuar del distribuidor.

6. LA DIRECTIVA DE DISTRIBUCIÓN DE SEGUROS (IDD) Y LA ORGANIZACIÓN DE LOS INTERMEDIARIOS

6.1. Fuentes normativas

Visto cómo la Directiva MIFID 1 supuso un nuevo enfoque en la protección de los inversores y en las obligaciones que las entidades y personas sometidas a regulación, la Directiva IDD recoge sus principales bases y desarrolla toda una serie de obligaciones que afectan a aspectos organizativos del distribuidor de seguro.

Al igual que al establecer las obligaciones de información del distribuidor, la IDD diferenciará el régimen jurídico aplicable en función de si se trata de un producto de inversión basado en seguros (IBIP) u otro tipo de seguro no incluido en ese grupo.

La IDD fija las áreas en las que las exigencias de organización se van a concretar al formular sus Considerandos, en los que se mencionan los siguientes aspectos:

1. Obligaciones de competencia, conocimiento e idoneidad en general de las personas integrantes de la estructura de gobierno y de los empleados que participen en el proceso de distribución (Considerandos 31 y 32);
2. Exigencias reforzadas de conocimientos, competencia y recursos adecuados para los intermediarios y empleados que vendan IBIPs. La razón que lo justifica es el riesgo que conlleva a los inversores este tipo de productos (Considerando 33);
3. Gestión de los conflictos de intereses por “la continua ampliación de la gama de actividades que muchos intermediarios y empresas de seguros desarrollan simultáneamente”, los cuales no pueden lesionar los intereses del cliente (Considerando 39). Esta gestión se refuerza en casos de distribución de productos de inversión basados en seguros, principalmente en cuanto a los incentivos o retribuciones, con el fin de no reducir la calidad del servicio prestado al cliente. Ello implica un compromiso de revisar las políticas y procedimientos que existieran (Considerando 57);
4. Implantación de políticas de remuneración sobre empleados y representantes que no reduzca la actuación en bien de sus clientes ni impida emitir recomendaciones imparciales, claras y no engañosas;
5. Mantenimiento, gestión y revisión de los procesos por los que se aprueben cada producto de seguros. Esta obligación afecta a todo distribuidor de seguros que diseñe productos de seguros. En el caso de distribuidor no diseñador le impone obligaciones de entender los elementos principales del diseño del producto, como es el mercado destinatario de este (Considerando 55);
6. Sobre todas las obligaciones impuestas por la Directiva a los sujetos afectados gravita el principio de proporcionalidad, que afecta a los requisitos impuestos a los mismos como “al ejercicio de las facultades de supervisión”. Los principales

destinatarios en la aplicación del citado principio son los pequeños y medianos distribuidores de seguros (Considerando 72).

6.2. Legislación delegada

El marco último de las obligaciones que recaen a los distribuidores de seguros en materia de organización no puede entenderse sin referirse a la normativa delegada prevista en la propia Directiva. En todas y cada una de las materias que integran este ámbito, la Directiva ha previsto tal normativa delegada, la cual se encargará de concretar los principios que se relacionan en la Directiva.

La forma que adoptará el instrumento normativo será como acto delegado de la Comisión Europea, si bien en alguna materia podrá la autoridad EIOPA adoptar directrices que unifiquen los criterios de aplicación de las normas por los supervisores. De este modo, y con arreglo al Tratado de la Unión Europea y al Reglamento comunitario de creación de EIOPA¹⁹⁴, corresponde a esta última Autoridad asesorar a la Comisión Europea sobre los aspectos que la Comisión le demande para el ejercicio de sus competencias normativas delegadas por la IDD. En este sentido, la labor de EIOPA implica la realización de un documento de consulta previo a la asesoría técnica con el fin de conocer una primera visión de los interesados sobre los puntos a debatir y desarrollar antes de emitir la citada asesoría y remitirla a la Comisión. En este sentido, la Comisión emitió el 4 de febrero de 2016¹⁹⁵ a EIOPA un mandato con el fin de obtener de esta Autoridad antes de 1 de febrero de 2017 su asesoramiento sobre los distintos temas, cubiertos por las delegaciones contenidas en la IDD:

- Gobierno de productos (artículo 25.2);
- Conflictos de Intereses (artículos 27 y 28.4);
- Incentivos (artículos 29.2); y
- Evaluación de la adecuación y conveniencia (artículo 30.5).

Una vez llevados a cabo el proceso de consulta preceptivo, que finalizó en octubre de 2016, EIOPA hizo público su asesoramiento a la Comisión, el cual contiene los elementos básicos sobre los que girará el futuro marco jurídico definido en la IDD.

En materia del Documento Normalizado de Información sobre productos de seguro (IPID por sus siglas en inglés), la legislación delegada se contiene en *el REGLAMENTO DE EJECUCIÓN (UE) 2017/1469 DE LA COMISIÓN de 11 de agosto de 2017 por el que se establece un formato de presentación normalizado para el documento de información sobre productos de seguro*. Por su parte, en cuanto al POG, tenemos *el REGLAMENTO*

¹⁹⁴ *Vid. Artículos 10 y siguientes del Reglamento 1094/2010.*

¹⁹⁵ Disponible en: http://ec.europa.eu/finance/insurance/docs/consumers/mediation/160224-mandate-eiopa_en.pdf

DELEGADO (UE) 2017/2358 DE LA COMISIÓN de 21 de septiembre de 2017 por el que se completa la Directiva (UE) 2016/97 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a los requisitos de control y gobernanza de los productos aplicables a las empresas de seguros y los distribuidores de seguros. Toda la legislación delegada es el resultado de una Consulta Pública en la que los principales problemas que suscita la aplicación de la Directiva han surgido, así como la interpretación de esta en sus aspectos más polémicos por novedosos o por difíciles de conciliar con prácticas o normas actualmente en vigor en cada Estado Miembro.

6.3. Gobierno y supervisión de productos (“POG”, por sus siglas en inglés)

Regulado en el artículo 25 de la IDD y descrito en su Considerando 55, el Gobierno y supervisión de productos constituye un conjunto de obligaciones que afectan a las entidades aseguradoras en cuanto a diseñadores de productos y a los distribuidores de seguros en cuanto tales y en el caso de que desarrollem el papel de diseñador del producto que comercializan. Como tales obligaciones no se cumplen de forma puntual en cada operación de venta o comercialización de los productos de seguros, sino que exige una serie de medidas organizativas sin las cuales no se cumplen los requerimientos legales en este campo.

En el ámbito de la regulación prudencial de seguros, el antecedente más claro lo encontramos en el sistema establecido por la Directiva 2009/18/UE o “Directiva Solvencia II”. El modelo de supervisión prudencial que Solvencia II instituye se define como orientado al riesgo, esto es, fija la obligación para las entidades aseguradoras y reaseguradoras de identificar, monitorizar, cuantificar y gestionar sus riesgos con vistas a la definición del capital regulatorio que permitirá a la entidad garantizar una estabilidad financiera suficiente en el plazo del ejercicio económico y anticipar, a través de instrumentos como el denominado ORSA, la influencia que nuevos riesgos o el desarrollo de los ya identificados puedan suponer para el desarrollo de su negocio en un futuro más alejado. Consciente de la importancia de una buena gestión del riesgo como base de esa capacidad prospectiva del negocio asegurador, el legislador comunitario obliga a establecer unas bases de organización a las entidades que deben garantizar los fines de estabilidad que se persiguen. Así, el sistema de Solvencia II parte del reconocimiento de la implicación del órgano de administración en la gestión del riesgo, como máximo garante e impulsor, y obliga a establecer un sistema dinámico por la propia naturaleza cambiante de los riesgos que se actualiza cuando procede y que obliga a un flujo de información de ida y vuelta sobre la base de un necesario conocimiento de las bases del sistema. Así, no es un sistema estático, sino de continua retroalimentación y adecuación

(y control por la función de auditoría interna), obligado al reconocer el dinamismo al que obliga el sistema¹⁹⁶.

A título de ejemplo, las Directrices emitidas por la Autoridad Bancaria Europea (EBA por sus siglas en inglés) sobre este tema dicen que el POG es “*una parte integral de los requerimientos generales sobre la organización, vinculado al sistema de control, interno de las entidades*”¹⁹⁷. Sobre esta base el “POG” es un sistema que no se dirige al acto concreto de la venta, sino a garantizar que la distribución de los productos de seguros se va a llevar a cabo en interés del cliente, por lo que la organización de la entidad se pone en todo momento al servicio del mismo, ocupando todo el ciclo de vida del producto, y actualizándose con arreglo a la información recibida de los procesos de distribución. Es esa capacidad de vigilancia continua lo que define su carácter “supervisor” y no sólo de gobierno. De nuevo, como en Solvencia II, la información debe fluir desde el canal de venta al diseñador del producto sobre una base continua.

La función instrumental del POG.— Descrito el fundamento de las normas sobre POG con los requerimientos organizativos que conlleva, debe verse las mismas también como un instrumento facilitador del cumplimiento de las obligaciones que la IDD impone a los distribuidores de seguros en la fase previa a la contratación. Un buen sistema de POG va a facilitar el cumplimiento de las obligaciones que la IDD impone al distribuidor en el punto de venta. Va a permitir que el producto:

- Satisfaga las demandas y necesidades del cliente (artículo 25 de la Directiva);
- Considere los elementos clave en el caso de un producto de seguros con un fuerte componente de inversión (conocimiento, y experiencia en el ámbito de la inversión concreta, situación financiera y objetivos de inversión); y
- Tenga suficientemente en cuenta los posibles conflictos de intereses que puedan producirse.

Cumplidas las obligaciones de información que prevé la Directiva, el riesgo de una venta inadecuada se verá, así, reducido sustancialmente.

En suma, el sistema de POG va a fundamentarse en las necesidades del mercado (de los clientes), consideradas de forma abstracta, va a segmentar las parcelas del mismo y va a facilitar al distribuidor que cumpla las obligaciones de la Directiva de la forma más apropiada.

¹⁹⁶ *Vid.* Artículos 40 a 50 de la Directiva 2009/138/CE.

¹⁹⁷ Directriz 2 Autoridad Bancaria Europea (EBA). Disponible en: www.eba.europa.eu/documents/10180/1141044//EBA-GL-2015-.

6.4. Régimen legal del sistema POG

6.4.1. Fuentes previas a la Directiva IDD: el papel precursor de la Directiva MIFID

Como ya vimos, corresponde a la Directiva MIFID 2 el papel de precursora en la regulación del sistema POG. En sus artículos 16(3) [Requisitos de organización] y 24(2) [Principios generales de información a los clientes], establecen la base para una forma de organizarse por parte de las empresas de servicios de inversión con vistas al cumplimiento de sus obligaciones con los clientes. Lo anterior tuvo como desarrollo normativo lo contemplado en la Directiva de la Comisión, de 7 de abril de 2016¹⁹⁸, que se ocupa entre otros temas de la gobernanza de productos en sus artículos 9 y 10, donde diferencia entre las obligaciones que afectan a las empresas de servicios de inversión en cuanto diseñadores de productos, y las que afectan a los que realizan sólo labores de distribución. La regulación es bastante detallada, ocupándose de todo el proceso desde la creación del producto hasta su retirada, define las responsabilidades del máximo órgano de gobierno de la entidad y los necesarios análisis del producto en cuanto el mercado ideal al que va dirigido, la detección de conflictos de intereses y las posibles deficiencias que el producto pueda suponer para los clientes ante escenarios de rendimiento insatisfactorio. Asimismo, desarrolla las obligaciones de gobernanza de los distribuidores no diseñadores en cuanto a garantizar que el último escalón antes de la comercialización se lleva a cabo con arreglo a lo previsto por el diseñador.

Un desarrollo más concreto de esta materia se produce a través de las Directrices de la Autoridad Europea de Mercados (ESMA, por sus siglas en inglés), publicadas como documento de consulta el 5 de octubre de 2016 con plazo para comentarios que finalizó el 5 de enero de 2017 y que, entre otros temas, desarrolla los criterios para definir el mercado objetivo e identificar las tareas que tanto el diseñador como el distribuidor tienen con relación al mismo¹⁹⁹.

Visto como la MIFID 2 anticipa este ámbito normativo, sirviendo de inspiración a las normas sobre el particular previstas en la IDD e intentando capturar también a las operaciones desarrolladas por la banca minorista, el Comité Conjunto de las Autoridades Europeas de Supervisión Financiera (“Comité Conjunto” en lo sucesivo) publicó en el año 2013 una posición de las tres autoridades para definir los principios sobre los que los

¹⁹⁸ DIRECTIVA DELEGADA (UE) 2017/593 de la Comisión, de 7 de abril de 2016, por la que se complementa la Directiva 2014/65/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo que respecta a la salvaguarda de los instrumentos financieros y los fondos pertenecientes a los clientes, las obligaciones en materia de gobernanza de productos y las normas aplicables a la entrega o percepción de honorarios, comisiones u otros beneficios monetarios o no monetarios. Diario Oficial de la Unión Europea, de 31 de marzo de 2017, L 87/500.

¹⁹⁹ Disponible en: 024_smsg_advice_on_mifid_ii_product_governance.pdf Style ESMA document

supervisores financieros europeos debían afrontar el POG²⁰⁰, mediante la cual se trata de establecer unas mismas reglas de juego entre sectores financieros con miras a una defensa del consumidor que sea homogénea entre los citados sectores.

Ha sido en el ámbito bancario donde no existía una base legal tan clara como establece la MIFID o la IDD para regular estos aspectos de gobernanza de productos. No obstante, la Autoridad Bancaria Europea (EBA, por sus siglas en inglés) emitió el de marzo de 2016 unas Directrices amprándose en lo previsto en la reglamentación comunitaria:

- Directiva 2013/36/UE, sobre requisitos de capital (también conocida como “Directiva CRD IV”) y su artículo 74.1 sobre requisitos generales de gobierno corporativo;
- Directiva 2007/64/CE, sobre servicios de pago, que en su artículo 10.4 se refiere de forma genérica a los requisitos de organización y de gobierno y de gestión de riesgos de las entidades de pago;
- Directiva 2009/110/CE, o Directiva sobre dinero electrónico, a la cual se le aplican los mismos requisitos de gobierno que los establecidos para las entidades de pago;
- Directiva 2014/17/UE, o Directiva de crédito hipotecario, en cuyo artículo 7.1 se establecen unos principios generales de conducta del intermediario financiero en la concesión de créditos al consumidor, por los cuales deberán actuar siempre en el mejor interés de estos.

Dada esta exigua base normativa para establecer todo un sistema de POG para las entidades de crédito por lo que estas Directrices se enmarcan en el sistema de gobierno dentro de *“los requisitos generales organizativos asociados a los sistemas de control interno”*, como ya se indicó anteriormente. Con fecha de entrada en vigor de 3 de enero de 2017, estas Directrices repiten los conceptos de mercado objetivo, responsabilidad de los gestores, revisión, proporcionalidad e información a los distribuidores que constan en las normas de los otros sectores financieros, previendo que los supervisores nacionales extiendan las obligaciones a los intermediarios financieros que estimen conveniente, a su

²⁰⁰ *Joint Position of the European Supervisory Authorities on Manufacturers' Product Oversight & Governance Processes*, 28 de noviembre de 2013, JC-2013-77. Disponible en: <https://www.eba.europa.eu/publications-and-media/press-releases/eba-eiopa-and-esma-publish-joint-position-product-oversight> y <https://www.eba.europa.eu/sites/default/files/documents/10180/15736/57274c46-0be0-4db2-ad32-6836a0b3984b/JC-2013-77%20POG%20-%20Joint%20Position%29.pdf>

voluntad, fuera de los estrictamente crediticios, y siempre teniendo como elemento subjetivo de las Directrices al consumidor.

6.4.2. Directrices preparatorias de EIOPA

A título informativo, dada la escasa importancia que tendrán una vez que la Directiva IDD entre en vigor, la Autoridad EIOPA publicó el 6 de abril de 2016 unas Directrices “preparatorias”, en número de veinte, por las que se da respuesta a la Posición del Comité Conjunto anticipando el contenido de lo establecido por la Directiva IDD en materia de control y gobierno de productos con el fin de anticipar el derecho que estará vigente una vez la citada Directiva entre en vigor, admitiendo que deberán ser reformadas una vez que la legislación de Nivel 2 de la Comisión Europea desarrolle los actos delegados previstos en esta materia²⁰¹.

6.4.3. Control y gobernanza de productos en la Directiva de Distribución de Seguros

Con los antecedentes señalados anteriormente, la IDD regula este sistema con gran dependencia de la labor legislativa ya iniciada con la Directiva MIFID 2 y su normativa de desarrollo. Bajo el epígrafe “*Control de productos y requisitos en materia de gobernanza*”, el artículo 25 de la Directiva se ocupa de fijar los principios que regirán el sistema, el cual habrá de desarrollarse por legislación delegada de orden comunitario. Ya hemos mencionado el Considerando 55 como descriptor de estas obligaciones, pasando a resumir los principios del citado artículo 25.

1. **Qué es.**- Es un proceso de aprobación de los productos por parte de su diseñador que se desarrolla con anterioridad a su comercialización;
2. **Cuál es su ámbito objetivo.**- Todos los productos (“*cada producto*”) que comercialice el diseñador o distribuya el distribuidor no diseñador. Se plantea la cuestión sobre los productos comercializados en el momento de entrada en vigor de la Directiva, pero no se soluciona expresamente en la Directiva; en todo caso sí afecta a los productos existentes que sufran una “adaptación significativa”;
3. **Cuál es su ámbito subjetivo.**- Establece obligaciones de diferente contenido a todos los distribuidores en función de su papel en el proceso de venta del producto, es decir, según si han diseñado el producto (“*manufacturer*”) o sólo lo distribuyan. Completando el ámbito subjetivo, estas normas no se aplicarán para

²⁰¹ EIOPA: *Directrices preparatorias relativas a los procedimientos de gobernanza y vigilancia de productos para las empresas de seguros y los distribuidores de seguros*, de 6 de abril de 2016, (EIOPABoS16/071 ES). Puede consultarse en: https://www.eiopa.europa.eu/document/download/bdaaaafa7-9cd2-454c-b48a-6575d6edf01e_es?filename=Preparatory%20Guidelines%20on%20product%20oversight%20and%20governance%20arrangements%20by%20insurance%20undertakings%20and%20insurance%20distributors

los productos de seguro que consistan en grandes riesgos, conforme se describen en el punto 27 del artículo 13 de la Directiva 2009/18/CE, el cual se remite a la clasificación por ramos del Anexo I de la citada Directiva para establecer un ámbito en el que, sólo para seguros de No Vida, la cualidad del tomador de seguro como empresario de cierta entidad o tamaño o como tomador en el ejercicio de su actividad profesional o empresarial (ramos de crédito y caución) le cualifican como excluido de estas obligaciones de gobernanza. Queda fuera el ramo de Vida y las actividades que lo integran, lo cual exige un análisis aparte relacionado con las nociones de cliente y consumidor en todo este ámbito normativo de normas de conducta que integra la IDD. Igualmente, resulta necesario recordar lo previsto en el artículo 2 de la Directiva IDD (*Exención de informar y cláusula de flexibilidad*”), cuando establece la exención del cumplimiento de las obligaciones de información previamente establecidas en los artículos 18, 19 y 20 para estos grandes riesgos y a los clientes profesionales en el sentido de lo fijado en la MIFID para los productos de inversión basados en seguros;

4. **Cómo se cumplen estas obligaciones.**- Exige un proceso de implantación de los sistemas de diseño y aprobación de productos, de aplicación (conducta activa) y de revisión (retroalimentación del proceso). Se configura así un sistema, como ya dijimos, de carácter dinámico, que obliga a una implicación de la entidad o distribuidor, lo que nos lleva a la idea de control interno y al proceso de cumplimiento normativo. Esa implantación exige conocimiento y competencia por parte de las personas que forman parte de la estructura de gobierno que deban ejecutar las políticas y los procedimientos relacionados con la distribución de productos, como se hace constar en el Considerando (32) de la Directiva.
5. **Cuál es el momento de su cumplimiento.**- Coherente con lo anterior, el proceso abarca el período que trascurre desde antes de lanzar el producto al mercado hasta su desaparición o retirada del mismo, realizándose al diseñarlo o al modificarlo de forma significativa.

6.4.4. Conceptos y principios básicos que establece la Directiva

Nos detendremos en resumir los elementos que forman el sistema con vistas a desarrollarlos en virtud de la normativa delegada que los desarrollará, fijando de forma más concreta las obligaciones que conllevan.

1. **Principio de proporcionalidad.** - Situado en primer lugar, debe recalarse su excepcional importancia. Las obligaciones que impone la Directiva en este apartado pueden resultar muy gravosas para entidades, por lo que el artículo 25 se preocupa en resaltarlo para que el producto se adecúe a la naturaleza del producto asegurador. Será, pues, las notas que caracterizan el producto quien defina cómo

el distribuidor o la entidad deben cumplir las obligaciones de la Directiva. En todo caso, una visión en torno al valor añadido que el sistema POG aporta para los fundamentos de la Directiva, esto es, la defensa de los intereses del cliente debe estar en la forma de aplicación de las normas. Redundando en lo dicho, el principio de proporcionalidad se predica en la forma de cumplir las obligaciones y en las acciones de supervisión sobre su cumplimiento [Considerando (72)].

2. *Mercado destinatario definido (“target market”)*.- La traducción española de la Directiva reitera la idea de concreción que exige este punto. Se trata de una adecuación general a un segmento de mercado para el que el producto puede cubrir sus necesidades y definir cómo debe ser distribuido. En un evidente contagio de la normativa MIFID, la Directiva menciona la necesidad de valorar “*todos los relevantes riesgos pertinentes para el mercado en cuestión*”. No está claro si se refiere a los riesgos que el producto debe cubrir, lo cual constituye la naturaleza de los productos de seguro, o al riesgo que el propio producto pueda suponer para el mercado identificado como objetivo del producto. Esta terminología se reproduce en el proceso de revisión que se define en el párrafo del artículo 25, y parece una referencia a productos con un componente de inversión, que llevan riesgos implícitos, y no a la necesaria cobertura de riesgos propia de un producto asegurador.
3. *Comprensión y revisión del producto*. - Traducido al español como “*la empresa de seguros entenderá...*”, el texto sigue siendo tributario de su fuente de valores, dado que la cobertura de riesgos es el objeto de cualquier entidad aseguradora y cabe preguntarse si es admisible que tal empresa no conoce los riesgos que cubre (sobre todo por la base actuarial y estadística que las coberturas obligan). Por ello parece que piensa en instrumentos financieros complejos diseñados por entidades de inversión. En todo caso, cabe interpretar la obligación de la entidad de que toda su organización y personal dedicado a la distribución conozca las peculiaridades de cada producto y pueda adoptar las decisiones de venta más adecuadas a los intereses del cliente. Igualmente, sólo de esa comprensión cabe esperar que surja la obligación de realizar revisiones periódicas sobre la adecuación genérica del producto al mercado destinatario. De nuevo la Directiva menciona la necesidad de que se tenga en cuenta *cualquier hecho que pudiera afectar sustancialmente al riesgo potencial para el mercado destinatario definido*”, como base de cualquier acción modificativa de las decisiones sobre tal mercado y sobre la distribución adecuada. Hablar de un “*riesgo potencial para el mercado*” evoca un lenguaje más próximo a los productos de inversión.

4. Puesta a disposición de la información relevante a los distribuidores. - En concreto se habla de la relativa al proceso de aprobación del producto. Incluye el mercado destinatario definido, como no podía ser menos. Se entiende que esa mención a poner ese proceso, en principio interno a la entidad o distribuidor-diseñador, a disposición del distribuidor, haya generado ciertas dudas en cuanto a su interpretación, dado que lo esencial es el resultado del proceso (mercado y canal), no tanto el proceso en sí.
5. Obligaciones propias del distribuidor no diseñador. - La Directiva identifica al distribuidor no diseñador como un sujeto obligado a implementar lo acordado en el proceso de aprobación, dado que sin imponerle deberes con respecto al mismo la finalidad del proceso (evitar ventas inadecuadas) no se conseguiría. Le obliga a una posición activa en este proceso para obrar coordinada y coherentemente con lo definido en el proceso de aprobación, incluyendo la comprensión del producto y de su mercado destinatario.

6.4.5. Especificación de los principios

Como el propio artículo 25 en su párrafo 2 establece, serán los actos delegados de la Comisión, normalmente materializados en una Directiva o Reglamento, Directiva en este caso, dados los precedentes de la legislación delegada de MIFID 2, los que concreten la aplicación e interpretación de los principios ahí establecidos en materia de gobierno de productos. La labor asesora corresponde a la autoridad EIOPA, la cual ha elaborado un asesoramiento técnico, remitido a la Comisión en febrero de 2017²⁰², fruto de un proceso previo de consulta a los interesados y de un debate entre las distintas autoridades de supervisión que integran la red europea de supervisores de seguros. Relacionaremos los puntos principales de esta futura normativa delegada que se contienen en el documento de asesoría técnica.

1. El principio de proporcionalidad.- La concreta aplicación de este principio pudiera pensarse que debería abordar las diferencias de dimensión entre los distintos tipos de distribuidores, los vínculos que le unen a la entidad o los tipos de productos de que se trate, como puede ocurrir con los denominados “IBIPs”, y, dentro de los seguros de No Vida los que recogen coberturas obligatorias por disposición legal, los que ofrecen un gran número de opciones a los clientes y los que se dirigen a grupos de clientes muy especiales. Los procesos que implica el sistema de POG deberán diferir según el caso. Una regulación muy detallada sobre la aplicación de este principio resultaría casi imposible considerando la gran

²⁰² EIOPA, *Technical Advice on possible delegated acts concerning the Insurance Distribution Directive*, de 1 de febrero de 2017, EIOPA 17/048. Al respecto puede consultarse: https://www.eiopa.europa.eu/system/files/2019-04/eiopa_technical_advice_on_the_idd.pdf

variedad de productos y de tipos de distribuidores que confluyen en el ámbito comunitario. Será la labor del regulador y supervisor nacionales la que aplique el principio. La experiencia en el ámbito de Solvencia II, en la que la proporcionalidad es un eje del sistema puede servir como base para la acción reguladora y supervisora.

2. *El mercado destinatario definido.* - Este primer punto muestra la importancia del principio de proporcionalidad, ya que la primera decisión que se puede plantear el diseñador del producto es el grado de segmentación o granularidad exigible. En este sentido no debe perderse de vista que el mercado definido es un concepto abstracto, que debe cubrir a un colectivo de posibles asegurados, no es una individualización, la cual se produce cuando se valoran las necesidades y demandas de un concreto cliente. Resulta evidente que en el caso de productos de inversión basados en seguro (“IBIPs”) los principios que se aplican al valorar la idoneidad y la adecuación se podrán aplicar en la descripción del mercado destinatario (experiencia, aversión al riesgo, conocimiento, situación financiera,...). En otros productos se considerarán factores objetivos, como la edad, las posibles dobles coberturas o riesgos ya cubiertos por otros sistemas, aseguradores o no, coberturas de muy difícil ocurrencia y elevado coste... Por ello se considera importante definir el “mercado destinatario negativo”, es decir, aquél incompatible o inadecuado con el producto. Para los productos verdaderamente innovadores, que cubran un riesgo hasta ahora no cubierto por el mercado, la definición del mercado destinatario se valdrá de los estudios de mercado en los que se base el diseñador para ofrecerlo, en concreto la prueba de mercado (“product testing”).
3. *Comprensión del producto.* - La correcta comercialización del producto exige que el distribuidor lo conozca y lo comprenda, entendiendo como comprensión la capacidad de atribuir el producto a quien necesita cubrir una necesidad de cobertura (o de inversión si se trata de un IBIP). Existe un principio general en el derecho de supervisión prudencial (ver artículo 258 (1) (e) del Reglamento Delegado 2015/35 (“Solvencia II”)²⁰³ acerca de la necesidad de que el personal encargado de las funciones encomendadas tenga el conocimiento suficiente para desempeñarlas de forma satisfactoria. El Considerando (79) de la Directiva MIFID 2 prevé la necesidad de esas capacidades técnicas por la complejidad y en

²⁰³ REGLAMENTO DELEGADO (UE) 2015/35 de la Comisión de 10 de octubre de 2014 por el que se completa la Directiva 2009/138/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el acceso a la actividad de seguro y de reaseguro y su ejercicio (Solvencia II). Diario Oficial de la Unión Europea, de 17 de enero de 2015, L 12/1.

muchas ocasiones carácter innovador de los productos. Igualmente la Directiva IDD contempla entre los requisitos generales exigibles a los intermediarios sometidos a su ámbito de aplicación (artículo 10.2, segundo) tanto la competencia y conocimientos necesarios como la existencia de programas de formación y desarrollo profesional. Cuando nos referimos al sistema de gobernanza de productos, tales conocimientos se requieren de aquellos que se encuentran inmersos en el proceso de diseño del producto, no a la “fuerza” de venta. Aquí es donde encaja lo previsto en los Considerandos (31) y (32) de la Directiva, cuando habla de las exigencias a los que formen parte de la estructura de gobierno, tanto si son personas físicas como jurídicas. De esta forma se cumple la prescripción del artículo 5, párrafo 4 cuando obliga a la empresa aseguradora a “entender” el producto como base del proceso de revisión que el sistema POG conlleva.

4. *Las pruebas de mercado.* - Si bien no están exigidas estas pruebas (“product testing”) por el artículo 5 de la Directiva, la Comisión Europea ha entendido que deben establecerse normas sobre estas como parte del proceso de diseño del producto. Es una forma de delimitar la parte más técnica del proceso de cara a exigirle unos estándares de calidad y comparabilidad. De nuevo surgen sobre este punto varios temas:
 - Cómo aplicar el principio de proporcionalidad, en función de la complejidad, novedad, entre otros factores, del producto;
 - Cómo establecer una metodología semejante aplicable a grupos de productos (con mayor o menos componente de inversión, con coberturas de Vida o de No Vida –sin olvidar el variado mundo de los seguros de prestación de servicios-). Igualmente, si deben prevalecer los análisis cuantitativos o cualitativos o el posible solapamiento con la base técnica actuarial o estadística de las coberturas aseguradoras;
 - Los posibles escenarios a aplicaren seguros con fuerte componente de riesgo financiero, con el posible solapamiento con los escenarios de rentabilidad que exige el Reglamento PRIIPs para los productos de inversión basados en seguros.
 - Cuándo deben realizarse estas pruebas en caso de modificaciones en un producto preexistente.
 - Cómo valorará el supervisor la corrección de estas pruebas de cara al cumplimiento del proceso de diseño del producto.
5. *Vigilancia del producto, revisión de los elementos que integran el proceso y posibles medidas paliativas.* - Coherente con el carácter dinámico de este proceso, el diseñador se obliga a monitorizar el desenvolvimiento del producto con arreglo a los parámetros que ha definido en el proceso (mercado destinatario, canal de

distribución, escenarios de mercado...). La comunicación fluida con el distribuidor, en caso de no coincidir con el diseñador resulta clave para el cumplimiento de las obligaciones que se derivan de esta fase. Resulta necesario clarificar si lo anterior supone una especie de obligación de supervisar el comportamiento del distribuidor si no coincide con el diseñador; es decir, si lleva a cabo las ventas de forma adecuada. Debe interpretarse que esta monitorización se circumscribe únicamente a aquellos elementos que forman parte del proceso de diseño del producto, es decir, información estratégica acerca de si el mercado objetivo es adecuado, si cubre necesidades de éste o si el canal de distribución es el mejor. No se trataría de una supervisión sobre los concretos actos de venta, que serían responsabilidad del distribuidor con arreglo a lo previsto en la Directiva. No obstante, no cabe excluir un deber general de supervisión acerca de si se está comercializando el producto al mercado destinatario establecido. De nuevo se diferenciaría entre lo abstracto y las operaciones de venta concretas. Una brusca evolución de los mercados financieros obligaría a rediseñar el mercado destinatario al incrementarse (o reducirse) el riesgo financiero asociado al producto. O una casi inexistente tasa de siniestros respecto de una cobertura determinada obligaría a replantearse si se está cubriendo una necesidad real del colectivo destinatario. O un elevado nivel de anulaciones o reclamaciones. Ello obligaría a rediseñar el producto. Tema aparte es cuándo debe procederse a estas revisiones, dado que la carga que plazos muy pequeños para la revisión supondrían una carga excesiva sin generar valor añadido. De nuevo el principio de proporcionalidad se reclama, si bien las normas de desarrollo de la Directiva pueden optar por enfoques más o menos prescriptivos.

6. Relaciones con los distribuidores. - Si éste no coincide con el diseñador, se generan una serie de obligaciones entre ellos de las cuales ya hemos expuesto las que se deducen de la monitorización del proceso. Desde el punto de vista del diseñador, su deber es facilitar que los actos de venta del distribuidor se realicen conforme lo establecido. Si bien el párrafo cinco del artículo 25 habla de una obligación de los diseñadores de poner a disposición de los distribuidores “*toda la información adecuada sobre [los productos] y sobre el proceso de aprobación del producto*”, corresponde hacer una interpretación correctora en el sentido de que no se incluirá nada que se refiera a asuntos internos de la entidad (por ejemplo, planes estratégicos de comercialización o de mercado, opiniones de los miembros del órgano de gobierno,...), pero sí todo aquello que le permitirá comprender el producto y situarlo en el mercado destinatario. Por ello, el resultado de las pruebas de mercado, el mercado destinatario y el “mercado destinatario negativo” han de ser objeto de puesta a disposición por el diseñador. Sólo así se podrá realizar correctamente la operación de venta, de ajuste de las necesidades del cliente al producto. Cabe deducir que esa puesta a disposición facilitará al distribuidor el cumplimiento de la

obligación de informar al cliente, dado que se realzarán los elementos clave del mercado destinatario y de cómo se ha llegado a su definición. Las consecuencias de un incumplimiento de esa obligación de suministro de datos clave por el diseñador no se prevén en la Directiva, si bien no pueden suponer un perjuicio para el cliente, por lo que no parece adecuado pensar que serviría para exonerar al distribuidor de su responsabilidad por venta inadecuada. De este modo la posición del distribuidor debe ser activa en la consecución de los datos necesarios.

7. Distribuidor que actúa como diseñador. - La Directiva prevé esta posibilidad cuando en su artículo 25, párrafo 5 habla de “*los intermediarios que diseñen productos de seguro...*”. Igualmente, la Directiva es consciente que no se trata de una práctica generalizada en todas las jurisdicciones dado que en el Considerando (55) se refiere a “*...los Estados miembros en los que los intermediarios de seguros diseñen productos de seguro para su venta a clientes...*”. Por tanto, parece deducirse que lo habitual será no encontrarse con un distribuidor-diseñador, si bien la regulación del supuesto obliga a replantearse el papel del distribuidor en el proceso de venta, en el acto de venta, del producto. Nos encontramos ante una situación de hecho (la actuación del distribuidor en la venta de un producto) que conllevaría una serie de obligaciones. Lógicamente si se le asigna la posición del diseñador, deberá cumplir todos los deberes de gobernanza en cuanto al proceso de diseño del producto (pruebas de mercado, decisiones en el seno del órgano de gobierno, determinación del mercado destinatario y del canal de distribución adecuado...), pero la cuestión es saber cuándo es diseñador. La posición que propone EIOPA en su asesoría a la Comisión se basa en su papel decisivo (de toma de decisiones) en el diseño y desarrollo del producto que se ofrecerá al mercado. La concreción del hecho obliga a una definición negativa. No actuará como diseñador si su actuación se limita a personalizar la oferta al cliente sobre la base de las opciones ofrecidas por la entidad diseñadora. En derecho de obligaciones y contratos se habla de “condiciones particulares” como aquellas que perfilan el riesgo concretamente asumido por el asegurador. Quizá podría, en un peligroso ejercicio interpretativo, por encontrarnos en ámbitos diferentes (lo contractual y lo propio de la disciplina de mercado) examinar en qué medida puede el distribuidor modificar las condiciones generales, si bien sólo es una aproximación con indudables deficiencias. En el ámbito de los productos de inversión basados en seguros comercializados a través de operadores de bancaseguros, puede de forma más sencilla adivinar el papel clave que haya podido jugar la entidad financiera a la hora de diseñar el producto, con base en los instrumentos financieros creados por ella y ofrecidos a los clientes a través de este tipo de seguros, y con base en el propio conocimiento de los mercados financieros que la entidad financiera posee. No obstante, nada en la asesoría técnica de EIOPA a la Comisión se dice sobre este caso particular.

8. Otras obligaciones. - Ya mencionado anteriormente, no debe excluirse, y la propia Directiva lo señala (artículo 25, párrafo segundo, dos), que el distribuidor no diseñador no es ajeno al proceso de diseño del producto, obligándose a una posición activa para el conocimiento del mismo de cara al cumplimiento de sus obligaciones. Igualmente, se considera una obligación de diseñador y de distribuidor no diseñador de documentar el proceso. De nuevo el temor a una carga excesiva para los participantes en el mercado hace necesario recurrir a la proporcionalidad como criterio, pero también recalcar que todo el sistema de POG, que va más allá, como hemos visto, del mero diseño de un producto, se somete a la supervisión de la autoridad correspondiente, la cual no podría realizarse sin una prueba documental del cumplimiento de las obligaciones impuestas por la Ley y, sobre todo, de la implicación de estos procesos en los generales de cumplimiento de la entidad aseguradora o del distribuidor en general

6.5. Gestión de los conflictos de intereses

La Directiva IDD regula los conflictos de intereses en dos niveles:

1. Como principio general que debe velar la actuación del mediador, en orden a mejorar la transparencia en sus relaciones con el cliente;
2. Como exigencias adicionales en la comercialización de los productos de inversión basados en seguros (“IBIPs”), enfocadas a obligar a los distribuidores a establecer procesos específicos en su organización para detectar y gestionar estos supuestos de conflictos.

6.5.1. Obligación e informar sobre los posibles conflictos de interés

Ya se ha visto como el mandato general de considerar los conflictos de intereses que el Considerando (39) de la Directiva menciona como consecuencia de “*la continua ampliación de la gama de actividades que muchos intermediarios y empresas de seguros desarrollan simultáneamente...*”, tiene su manifestación en los requisitos de información que el artículo 19 (“*Conflictos de intereses y transparencia*”) impone de cara a que el cliente pueda juzgar acerca de la posición que el intermediario tiene respecto del contrato:

- Vínculos de capital entre intermediario y asegurador y viceversa;
- Relaciones contractuales (o de agencia) con relación al asegurador; y
- Tipos de remuneraciones que recibe o recibirá a consecuencia del contrato.

En este sentido, se trata de informar al cliente para que pueda formarse un juicio sobre los posibles conflictos que pudieran existir. No hay en este precepto una obligación impuesta al intermediario sobre cómo actuar en la gestión de esos posibles conflictos. Sí la hay cuando se refiere a los productos denominados “IBIPs” como pasamos a exponer:

6.5.2. Gestión de los conflictos de intereses en el proceso de distribución de los productos de inversión basados en seguros (“IBIPs”)

En este caso sí nos encontramos con obligaciones de organización que afectan a los distribuidores (sean empresas de seguros o intermediarios) de este tipo de productos.

Evolución normativa.- Anticipándose a la Directiva IDD, la Directiva 2014/65/UE, conocida como Directiva “MIFID 2” introdujo una modificación en la Directiva de mediación de seguros (Directiva 2002/92/CE), con un contenido doble:

- Introducir la definición de “Producto de Inversión basado en seguros”, en los mismos términos que el Reglamento 1286/2014 del Parlamento y del Consejo o “Reglamento PRIIPs” (“...un producto de seguro que ofrece un valor de vencimiento o de rescate expuesto total o parcialmente, directa o indirectamente, a las fluctuaciones del mercado...”), pero añadiendo una lista de lo que no se consideran como tales, tema que se desarrollará más adelante.
- Regular los requisitos que el distribuidor de seguros debe cumplir de cara a la prevención y gestión de los conflictos de intereses en la comercialización de este tipo de productos, a través de un nuevo Capítulo III bis que se añadiría a la citada Directiva de mediación de seguros.

Igualmente, se encomendaba a la Comisión Europea la competencia para dictar actos delegados de cara a concretar el cumplimiento de las obligaciones del mediador de seguros en esta materia.

La razón que justificaba esta medida de la MIFID 2 se relacionaba con la necesidad de establecer las mismas reglas de juego para los productos de inversión basados en seguros, con un indudable componente financiero, y los regulados en la citada Directiva para los instrumentos financieros que se someten a las misma (artículo 23:”*Conflictos de intereses*”).

Como ya es sabido, la Directiva 2014/65/UE, fue objeto de modificación en cuanto a su entrada en vigor por la Directiva 2016/1034/UE, de 23 de junio de 2016, por lo cual su artículo 95 establece como nueva fecha para su entrada en vigor la de 3 de enero de 2018.

Directiva IDD.- Visto lo anterior, la Directiva IDD no hace sino incorporar lo que ya se reguló en la modificación de la Directiva de mediación de seguros en su Capítulo VI (“*Requisitos adicionales en relación con los productos de inversión basados en seguros*”), en concreto en los artículos 27 (“*Prevención de conflictos de intereses*”) y 28 (“*Conflictos de intereses*”).

De la lectura de los Considerandos (56) y (57) resulta que la regulación de los conflictos de intereses obedece a un necesario alineamiento con las disposiciones sobre el particular de la Directiva MIFID 2, en cuanto a su justificación formal, mientras que en cuanto a su

justificación material hace hincapié en las remuneraciones de diferente tipo que recibe el distribuidor de cualquier persona diferente del cliente como posible fuente de la que surgirían estos conflictos de intereses, recalando la necesidad de que dicho cliente esté cumplidamente informado de tales retribuciones (por otra parte principio general del artículo 19 de la IDD).

Obligaciones del distribuidor de seguros. - Con carácter general, podemos conceptualizar estas obligaciones como de carácter organizativo, ya que obliga al intermediario o empresa de seguros a implantar y gestionar procesos en el seno de su entidad para detectar y gestionar en su caso estos posibles conflictos, y adoptar medidas que impidan tales conflictos. Vemos, pues, que se trata de una obligación de carácter activo, de conducta, que no se cumple sino con el despliegue de una actividad sobre la base de un marco adecuado y siempre dentro de la proporcionalidad como principio general.

El ámbito objetivo en el que estos conflictos se pueden manifestar se configura de forma muy amplia, en el sentido de que pueden surgir estos conflictos:

- Entre intermediarios y empresas;
- Entre directivos y empleados y sus clientes;
- Entre directivos y empleados y personas vinculadas por medio de relaciones de control y sus clientes; y
- Entre un cliente y otro.

Vemos, pues, que esta configuración amplia de las fuentes de conflictos exigirá un alto grado de labor interpretativa y una casuística que deberá profundizar en el fundamento de esta vigilancia, que es detectar posibles perjuicios al cliente como consecuencia de estas relaciones. En todo caso se utiliza como último recurso la transparencia al cliente (facilitar la información en soporte duradero y de forma detallada), para que conozca esas posibles fuentes de conflicto que la entidad no puede resolver completamente, tal como el artículo 19 prevé con carácter general para todo tipo de productos de seguro.

Como estaba ya prevista en la modificación de la Directiva de mediación de seguros establecida en la MIFID 2, debe la Comisión Europea dictar normas de Nivel 2 para:

- Concretar de forma más detallada la aplicación del principio de proporcionalidad; y
- Establecer los criterios a valorar en busca de posibles conflictos de intereses.

El contenido de esta futura normativa deberá tener en cuenta la asesoría técnica de EIOPA solicitada por la Comisión. Tales normas deberán basarse en la idea del interés como elemento central que puede hacer surgir el conflicto, interés de cualquiera de los protagonistas del proceso comercializador (directivos, empleados, intermediarios, gestores de activos, intermediarios financieros, en su caso...) que por ser contrario al del cliente pueda suponer un perjuicio de sus intereses. Se trata de un proceso complejo, en

el que será de gran utilidad la valoración de la idoneidad y conveniencia del producto para el cliente, ya que contendrá los elementos de juicio clave para determinar cuál es su interés en el producto y su posición al adquirirlo. Está claro que cuánto más complejo sea el producto más intereses en juego existirán y más dificultad habrá en gestionar el proceso de detección y tratamiento de los conflictos de intereses.

7. CONCLUSIONES

1. El suministro de información presenta problemas para el destinatario por su volumen y complejidad, lo que aconseja utilizar otros instrumentos normativos para defender la posición del consumidor;
2. La influencia del marco definido por las “Directivas MIFID” se ha extendido al tener como base la búsqueda de la mejor ejecución para el cliente;
3. La Directiva de Distribución de seguros (IDD) incorpora mecanismos de protección que buscan suplir las deficiencias de un sistema basado sólo en el suministro de información;
4. La IDD fijará todo un proceso precontractual, con definición de las fases, sujetos e instrumentos aplicables en defensa del consumidor de seguros;
5. Asesoramiento, gobierno de productos, documentación normalizada y gestión de los conflictos de interés serán objeto de regulación muy detallada;
6. La normativa de desarrollo será muy exhaustiva, reflejando la importancia que para la obtención de la máxima armonización a nivel comunitario desempeña la Autoridad Europea de Supervisión de Seguros (EIOPA);
7. El documento normalizado para seguros No Vida es un intento de recoger los principios de claridad y comprensibilidad perseguidos por la normativa de transparencia contractual;
8. Alguna jurisdicción nacional, como la italiana, ha completado la normativa comunitaria para abarcar más productos bajo el mismo esquema y sobre la base de fijar con detalle pormenorizado el contenido de la información a facilitar;
9. La utilización de documentos normalizados es una técnica que el Derecho Comunitario ha consolidado en sus normas como la manera de abordar los desafíos que la búsqueda de claridad y comprensibilidad exige para los contratos financieros, sobre la base de la existencia de un “consumidor medio”;
10. Se expone cómo la IDD regula de forma detallada la actuación del distribuidor, desarrollando todo un sistema de conducta generador de un Derecho especial que tiene como finalidad concretar cómo ha de comportarse en beneficio de los intereses de los clientes.

CAPÍTULO SEXTO. PROCESO PRECONTRACTUAL EN LOS PRODUCTOS DE SEGUROS CON UN COMPONENTE DE INVERSIÓN (“PRIIPs”)

1. ENFOQUE ADOPTADO

La existencia del Reglamento PRIIPs, su carácter horizontal y la compleja y detallada normativa de desarrollo a que ha dado lugar hace necesario que nos ocupemos de forma específica del régimen jurídico de los productos de seguros que entran dentro de su ámbito de una forma específica, los cuales son denominados como “Productos de Inversión Basados en Seguros (“IBIPs”). Todo apunta a que la comercialización y gestión de este tipo de productos, dado su carácter mixto (seguro/inversión) obligará a las entidades aseguradoras a mantener sistemas organizativos específicos para este tipo de productos. El ámbito concreto de los productos incluidos en este concepto obliga a una labor de interpretación en la que la labor armonizadora, principalmente protagonizada por las Autoridades Europeas de Supervisión Financiera, definirá el universo de productos afectados por esta normativa en un terreno en el que los diferentes mercados financieros, principalmente el de fondos de inversión y el de seguros se disputan el ahorro privado a través de los productos que ofrecen a los inversores. En este sentido, la reciente Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (UE) n.º 1286/2014 en lo que respecta a la modernización del documento de datos fundamentales, de 24 de mayo de 2023 intenta aclarar dicho ámbito, excluyendo la mayoría de los productos de pensión.

Igualmente, subrayamos la existencia de inversores que de cara a este tipo de productos complejos minoristas se enfrentan a los mismos con objetivos diferentes, con mayor o menor componente especulativo, lo que debe contemplarse a la hora de concretar la información a facilitar. Entre un instrumento financiero con un horizonte inversor a corto plazo y un seguro de vida con un fuerte componente de inversión con finalidad de previsión a largo existen diferencias de base que habrán de considerarse para facilitar la comparación y la decisión del cliente.

Por lo tanto, la estructura de este capítulo se dividirá en tres apartados:

1. El estudio del proyecto PRIIPs y el análisis de sus principales rasgos normativos, con base en el Reglamento (UE) núm. 1286/2014 y en las normas de desarrollo que el mismo contempla, las cuales han sido transformadas en instrumento normativo a través de la publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea de 12 de abril de 2017 del Reglamento Delegado (UE) 2017/653 de la Comisión, de 8 de marzo de 2017;
2. La exposición del régimen específico que la Directiva de Distribución de seguros prevé para la comercialización de los productos sometidos al Reglamento PRIIPs (productos IBIPs). En este punto se verá cómo la influencia de las Directivas MIFID transforma el derecho aplicable a la distribución de los IBIPs en una réplica del ordenamiento aplicable a los instrumentos financieros;
3. La relación de otras normas del ordenamiento español que se aplican a este tipo de productos de seguros con un componente de inversión, con especial consideración de la concurrencia de éstas con la prevalente normativa PRIIPs.

2. GÉNESIS DEL PROYECTO PRIIPs

2.1. Explicación de sus rasgos peculiares

El proyecto PRIIPs constituye el ejemplo principal del comienzo de una etapa en la que se profundiza en lo que podíamos denominar un nuevo paradigma de transparencia.

Igualmente supone la entrada de un nivel de complejidad como nunca anteriormente se había visto en la normativa de protección de la clientela. Es el resultado del “enfoque MIFID” junto con el antecedente normativo de las Directivas sobre fondos de inversión (UCITS, ya vistas en este trabajo) con un mayor rigor en cuanto a los contenidos de la información a suministrar al cliente-inversor.

Fuentes de la complejidad.— las razones que explican esa mayor complejidad se encuentran en los siguientes factores:

- El carácter intersectorial. Enmarcada en lo que se suele denominar como “normativa horizontal”, el ejercicio PRIIPs nace con la finalidad de abarcar productos que se comercializan en los diferentes mercados financieros. Situado

en un marco en el que la sustancia de las realidades económicas y financieras prevalecen sobre consideraciones de orden jurídico-formal, esta normativa pretende aplicar un enfoque que unificaría los productos que se ofrecen en el mercado sobre la base de la finalidad económica que se extrae de su funcionamiento y prestaciones: la finalidad inversora. No queda al margen de este enfoque intersectorial el hecho de lograr un tratamiento regulatorio que no perjudique a un mercado financiero frente a otro al ofrecer productos que compiten en el mismo segmento. De ahí la importancia de la comparabilidad de la información.

- El enfoque totalizador o exhaustivo. El ejercicio PRIIPs es una aplicación práctica de la idea de facilitar al inversor todo aquello que le permita comprender la trascendencia económica de los rasgos que definen los productos que ofrece el mercado. De este modo se va a profundizar en mejorar los contenidos de la información y en clasificar los datos por su relevancia. Además, se incluirá como elemento clave del enfoque normativo la forma de presentar la información. El formato adquiere una importancia clave para facilitar la comprensión y procurar la comparabilidad. La propia utilización de “pruebas de mercado” en la fase previa de la concreción normativa, persigue incluir la forma como uno de los elementos que se consideran relevantes el proceso que lleva a la manifestación de la voluntad en el acto de contratar. Es el reconocimiento de cómo la forma equivocada puede llevar a la adopción de decisiones erróneas o equivocadas en el inversor, como ya hemos citado en un Capítulo anterior al relacionar algunas sentencias sobre las cláusulas que enmascaran el objeto principal del contrato, en contra del principio de claridad.
- La búsqueda de equilibrio entre complejidad y comprensión de la información a suministrar. La necesidad de explicar la economía del contrato puede implicar la realización de cálculos y la adopción de hipótesis que incorporan un cierto grado de complejidad. Por ello, PRIIPs es también un ejercicio de mejorar la educación financiera del inversor medio a través de conciliar estos conceptos de comprensión y rigor técnico.

2.2. Desarrollo del proyecto

La génesis del ejercicio PRIIPs explica la propia razón de ser del mismo y permite explicar los intereses y posiciones diversas que desde su comienzo se han manifestado.

2.2.1. Antecedentes

En un documento de 27 de marzo de 2006, los entonces existentes Comités de Nivel 3 (CESR para los mercados de valores; CEBS para el mercado del crédito; y CEIOPS para el de seguros) advirtieron de la necesidad de lograr unas mismas reglas de juego entre los diferentes productos de ahorro e inversión. Se apreciaba que productos negociados en

distintos mercados financieros y que compartían los mismos rasgos económicos competían sobre una base regulatoria diferente, las cuales afectaban a los procesos de venta y a los requisitos de información y transparencia a suministrar a los clientes/inversores. En concreto se comparaban los productos amparados bajo la Directiva UCITS (la actual Directiva 2009/65/CE), por una parte, y los seguros de vida “unit linked” y los productos estructurados, de otra. El diferente régimen regulatorio afectante a elementos clave, que influyen de forma sustancial en la formación de la voluntad del inversor, podría llevar a una distorsión en sus decisiones. Por otra parte, un informe del Parlamento Europeo subrayaba la falta de consistencia que se apreciaba entre la regulación aplicable a los citados UCITS y a otros productos de inversión, en particular, como ya hemos mencionado, a los seguros de vida “unit linked”, llamando la atención a la Comisión Europea y a los tres Comités de Supervisores, con el fin de que garantizasen que se aplicaran requisitos de transparencia y de información comparables a productos competidores. Se pedían, así, normas uniformes sobre la distribución y asesoramiento aplicables a cada producto vendido a inversores minoristas; en particular, se decía, el distribuidor debía revelar en su integridad el importe de la cadena de costes que el cliente debía soportar.

Dos objetivos aparecían como claves en las posibles medidas regulatorias que se adoptasen:

- La protección del consumidor, que exigía transparencia en el proceso de distribución; y
- Un mejor funcionamiento del Mercado Único (proveedores de productos y participantes en el mercado).

Como soporte para su argumentación, el citado informe de los Comités adjuntaba una comparación de los regímenes normativos aplicables a los UCITS, unit linked y depósitos estructurados, aportada por la Asociación Europea de gestión de activos y fondos sobre los distintos requisitos exigibles a los mismos en el proceso de comercialización, como, por ejemplo, los requerimientos de transparencia, el régimen de autorización de productos (genérico –por ramos- a los unit linked y específico para cada UCITS), conducta de mercado, distribución transfronteriza y régimen fiscal. Con ellos se trataba de dar argumentos para destacar la falta de unas mismas reglas de juego.

Con base en estas conclusiones, los Comités deberían identificar los puntos críticos, identificar posibles medidas a adoptar e informar a la Comisión Europea.

Así, a finales de 2007, la Comisión Europea inició un proceso de recogida de información sobre los productos de inversión minorista de carácter sustitutivo, por lo que la idea de “finalidad económica común” se encuentra ya en la raíz del proyecto.

Estado de la cuestión. - La Comisión Europea presenta el tema sobre la base de la existencia de unos productos de inversión que ofrecen semejantes *performances* en materia de riesgos y rendimientos, pero que pueden venderse de distintas formas:

- Fondos sometidos a la Directiva UCITS;
- Fondos “no UCITS”;
- Pólizas de seguros de vida unit linked;
- Productos estructurados;

Se observa una tendencia a incrementarse este tipo de productos por el desplazamiento de la demanda hacia productos de pensión privados.

Los posibles riesgos que se observan en este ámbito, y que afectan a los inversores minoristas, son:

- La posibilidad de no ofrecer la información adecuada sobre el producto;
- El riesgo de no ofrecer el producto adecuado a las necesidades y expectativa del cliente (“conduct of business”);
- La falta de consideración de los conflictos de interés existentes en La comercialización del producto entre las partes interviniéntes;
- La defectuosa o errónea comercialización y publicidad.

Conclusiones preliminares. - En marzo de 2008 se emiten unas primeras conclusiones en las que se destaca la existencia de un fuerte proceso de innovación en el entorno de los productos de inversión para clientes minoristas, así como una creciente preocupación en el mercado por buscar (y ofrecer) instrumentos que puedan encarar las preocupaciones del público en torno a la situación tras la jubilación. Destacan los siguientes factores dentro de las conclusiones:

- Preocupación por la protección del inversor.
- Se constata una mayor competencia en la información precontractual entre los diferentes productos. Es decir, cada mercado financiero ofrece unos productos dirigidos a satisfacer unas necesidades semejantes, pero con contenidos y presentación diferentes, sin que pueda descartarse prácticas que tiendan a favorecer unos productos sobre otros.
- La falta de armonización en la información suministrada procede de las diferentes prácticas y sistemas normativos que se observan a nivel de los diferentes mercados nacionales.
- Se observa que la decisión del cliente minorista se basa principalmente en los siguientes factores: régimen fiscal, modelos de distribución de cada mercado [*preeminencia de oficinas bancarias o importancia de intermediarios profesionales*], *preferencias culturales* [*tradición en los productos ofrecidos*], grado de innovación financiera, a veces muy influido por los elementos anteriores,

ya que productos arraigados ofrecidos por distribuidores tradicionales frenan el desarrollo de nuevos productos.

- Se advierten posibles “gaps” en la información precontractual facilitada al contratar un “unit linked”, sobre todo en materia de conflictos de interés.
- En cuanto a los fondos de inversión, en ese momento ya se dispone del denominado “KII”, sobre la información relevante a suministrar al cliente, para los de carácter normalizado y previstos en la Directiva UCITS, no siendo el caso para otros productos.
- Igualmente se constata que un exceso de información puede causar graves problemas.
- El mercado ofrece casos de posible venta defectuosa (“mis selling”) en los segmentos de productos complejos y en productos con garantías de capital).
- Los costes de los productos se identifican como una fuente de problemas, dadas las diferencias existentes en cada producto y sus especificidades.
- Se detecta una serie de prácticas por las que se prima la perspectiva nacional, siendo especialmente significativo en el caso de los seguros de vida.
- Los consumidores se manifiestan favorables a una armonización a nivel comunitario de forma que la Directiva MIFID se pueda extender a todos los productos de inversión minorista y que el KII se pueda aplicar a otros productos.
- También el sector de los fondos de inversión se muestra a favor de una acción a nivel comunitario.

Opiniones de los operadores del sector. - La puesta en común de las ideas anteriores a los interesados se produjo a través de la celebración de sesiones de intercambio de ideas (Industry Workshop y Audiencia pública) en la primera mitad del año 2008. De estos intercambios surgen una serie de comentarios y preocupaciones que se pueden resumir en los siguientes bloques:

1. *Diferencias entre productos.* - en los instrumentos financieros la base de los mismos está en obligaciones de tipo contractual, mientras que en el caso de los fondos prevalecen las obligaciones de carácter fiduciario, lo que lleva a patrones de comportamiento diferentes en la relación entre inversor e intermediario financiero. En el caso de los unit linked debe considerarse la importancia del riesgo biométrico como un elemento diferenciador. Se hace constar cómo la reforma alemana de la ley de contrato de seguro (*Gesetz zur Reform des Versicherungsvertragsrechts*, de 23 de noviembre de 2007) fijan unas obligaciones de información y unos estándares de conducta de mercado propios, y que difieren de los existentes para otros productos de inversión. En contra de una postura a favor de la diversidad en la información ofrecida, se remarca cómo tal diversidad, en función de la naturaleza del producto y del mercado en el que se comercializa, impide o reduce las posibilidades de comparación. Planteado el

tema de los productos para la jubilación, el denominado 2º pilar de pensiones se enmararía en el tramo mayorista, mientras que el 3er pilar sería minorista²⁰⁴. Igualmente se hace ver la naturaleza de producto de inversión de los unit linked.

2. *Cómo informar mejor al inversor.*- Desde el punto de vista de la protección que ha de darse al mismo, dos términos resultan clave: la relevancia de la información ofrecida y la adecuación del producto que se comercializa. La simplicidad se ofrece como otro rasgo a respetar. El documento “KII” resulta una buena fuente de inspiración por reunir una serie de características clave:
 - Relevancia;
 - Oportunidad;
 - Presentación adecuada;
 - Introduce un comportamiento del producto para el caso de los instrumentos financieros estructurados.
3. *Volumen de información.*- No siempre una buena opción se basa en más información, hasta el extremo de considerar que en ocasiones “menos puede ser más” y que la simplicidad debe ser un principio informativo de la normativa de transparencia.
4. *Comercialización y publicidad.*- La MIFID se considera un buen precedente, así como en lo que concierne a *normas de conducta*. [citar fuente normativa].

2.2.2. *Comunicación de la Comisión Europea (30 de abril de 2009)*

Esta Comunicación supone un paso fundamental para la futura regulación, dado que, constatado el problema, se aborda la necesidad de definir el ámbito de aplicación del mismo.

Por ello, lo primero que se plantea la Comunicación es “*¿Qué son los productos pre empaquetados de inversión minorista?* Este será el objeto de la regulación, para lo cual se definen los siguientes rasgos:

- Exposición a los riesgos de activos financieros subyacentes, pero su “pre empaquetado” modifica esa exposición en comparación con la tenencia directa;
- Su principal función es la acumulación de capital, aun en el caso de que se garantice el capital;
- Diseñados para el mercado minorista, con prevalencia de las exposiciones a medio y largo plazo;
- Se comercializan de forma directa entre inversores particulares.

²⁰⁴ Al respecto, puede consultarse la página correspondiente de la OCDE: <http://www.oecd.org/els/public-pensions/>

¿Pueden distinguirse “familias” de estos productos? En este tipo de productos entrarían las siguientes categorías:

- Fondos de inversión, tanto los normalizados a través de la Directiva UCITS, como los no armonizados, fuera del ámbito de la Directiva;
- Inversiones pre empaquetadas en pólizas de seguros de vida, bien:
 - Vinculadas a fondos de inversión, de forma que una parte de la prima cubre el riesgo de fallecimiento (capital garantizado), y el resto se materializa en un fondo de inversión. La póliza presentará un rendimiento en función de la rentabilidad de los fondos, recayendo el riesgo de inversión sobre el tomador.
- Valores estructurados al por menor. Se componen de una “cesta” de valores o índices (sobre materias primas, divisas, emisiones de deuda). Normalmente se garantiza el principal o nominal de la inversión.
- Depósitos a plazo estructurados. Se trata de un depósito a plazo al que se le suma una opción implícita o una estructura de tipos de interés²⁰⁵.

¿Cuáles son los riesgos que estos productos presentan al inversor?

La forma de plantear este tema se basa en el principio consolidado de la asimetría financiera, derivada de la diferente posición de conocimiento y experiencia del originador-distribuidor con respecto al cliente, la cual se refuerza cuando tratamos este tipo de productos, dado que el proceso de pre empaquetado implica:

- Mayor complejidad en cuanto a su estructura y funcionamiento (en términos conocidos, en cuanto a la economía del contrato);
- Menor transparencia, por los valores subyacentes que los integran;
- Inclusión de estructuras de costes con distintos componentes.

¿Cuál debe ser el contenido de una posible regulación?

Deberá incluir tanto normas sobre **suministro de información** como **normas de venta** (conduct of business), debiendo examinar en primer lugar la regulación comunitaria existente. En su examen del acervo comunitario existente en los temas debatidos, la Comisión enfoca los siguientes apartados:

²⁰⁵ Los depósitos estructurados, son depósitos bancarios (al vencimiento recuperará el capital invertido) en los cuales la rentabilidad está vinculada a la evolución de uno o varios índices bursátiles, de la cotización de un grupo de acciones, o cualquier otro. Por todos, *vid.*, CARUANA FONT DE MORA, G., “Los depósitos estructurados”, en CARMEN CASTILLO MARTÍNEZ, C.C. (dir.), *Jurisprudencia sobre hipotecas y contratos bancarios y financieros: Análisis de la jurisprudencia reciente sobre préstamos, créditos, cláusulas de préstamos hipotecarios, contratos bancarios, tarjetas, productos financieros y usura*, 2019, p. 1072.

Directivas sectoriales en materia de información. - Lo constituyen la Directiva MIFID y la Directiva de Mediación de Seguros [Directivas 2004/39/CEE y Directiva 2002/92/CE]. El panorama que nos ofrecen es la de una perspectiva claramente sectorial, en la medida en que las normas de información se establecen en función de la forma jurídica y del canal de comercialización que utilizan. Otro efecto que ofrecen es que no todos los productos quedan sujetos a regulación, generándose un vacío legal.

Evolución en el ámbito de los fondos de inversión normalizados (entorno UCITS). La crisis financiera ha impulsado un cambio en el “viejo” prospecto previsto para los UCITS para sustituirlo por el “KII” (“Datos fundamentales para el inversor”), el cual en el momento de la Comunicación de la Comisión Europea se encontraba en estudio, que finalizará con la Directiva 2009/65/CE, y que servirá de referencia para los productos en el ámbito PRIIPs.

Elementos clave para una regulación de las prácticas de venta (conduct of business). - El objetivo de una regulación sobre prácticas de venta es fijar las normas que garanticen que el intermediario financiero actúa con profesionalidad y lealtad, lo que se manifiesta en dos exigencias:

- Considerar las necesidades del inversor; y
- Evitar los conflictos de intereses.

Con relación a los conflictos de intereses, la Directiva MIFID detalla la manera de afrontar éstos en su ámbito de actuación, mientras que la Directiva de Mediación de seguros no incluye normas sobre los mismos y sobre los incentivos utilizados en la comercialización de los productos de seguro.

Otra carencia que se observa en el régimen sectorial vigente en materia de seguros es la no sujeción de las ventas directas, esto es, las que se realizan por la entidad aseguradora.

Por último, se identifica una laguna regulatoria en cuanto a la falta de normativa sobre distribución de depósitos a plazo de carácter estructurado, que no se incluyen en la categoría de instrumentos financieros.

Dado lo anteriormente descrito, la Comisión Europea formulará una propuesta que consiste en estimar necesaria **una regulación horizontal de la información obligatoria y de las prácticas de venta**, que debería girar en torno a los siguientes principios:

1. Información fundamental para el inversor.
 - Armonización;
 - Uniformización;
 - Comparabilidad de los productos;
 - Originadores de los productos como destinatarios;
 - Información clara, objetiva y no engañoso;

- Información comprensible;
- Sobre el contenido, se identifican unos datos clave: rendimiento, riesgos, gastos, garantías y funcionamiento del producto;
- Formato normalizado;
- Brevedad y simplicidad;
- Oportunidad en cuanto al momento temporal de su disponibilidad;
- Rasgos aplicables a la publicidad y a la promoción de los productos.

2. Prácticas de venta

Considerando la Directiva MIFID como principal referencia, se identifican una serie de principios en este ámbito:

- Trato justo;
- Evitar los posibles prejuicios para el inversor que puedan derivarse de la existencia de conflictos de intereses;
- En el caso de que la venta se produzca interviniendo asesoramiento, se debe ajustar la oferta al perfil del inversor, sus necesidades y sus conocimientos;
- En el caso de no intervenir asesoramiento, deberán comunicarse los límites y los riesgos del producto, necesitándose en ocasiones un examen de adecuación.

2.2.3. Desarrollo posterior del proyecto: hacia una propuesta normativa

La celebración de una reunión de trabajo en octubre de 2009 puso de manifiesto la necesidad de realizar un ejercicio de recopilación de datos para conocer la realidad de los mercados y, principalmente para detectar cuáles serían los productos que entrarían en el ámbito de una futura reglamentación sobre este tema. Nos centraremos en los productos de seguros. Para ello, y bajo la dirección del Comité de Nivel 3, esto es CEIOPS, distintos Estados Miembros remitieron información sobre los productos que en el mercado asegurador nacional reunían o podían reunir los caracteres que se predicaban de los productos PRIIPs.

A título de ejemplo, se relacionan los productos que algunos de los Estados participantes ofrecían como ejemplos asimilables a un “producto PRIIP”.

Francia.

1. - Unit linked;
2. - “Multipocket products”. Se trata de un producto de ahorro para la jubilación compuesto por un unit linked que se combina con una cartera de fondos sobre bienes muy seguros.
- 3.- “Guaranteed minimum benefits”. Se trata de un unit linked con garantía en caso de muerte o supervivencia, garantizado a través de opciones o swaps.

4.- “Eurodiversified products”. Se trata de un ahorro para la jubilación compuesto por una parte diversificada y otra invertida en fondos con beneficios.

5.- Plan de ahorro para la jubilación. También se trata de un producto de ahorro para la jubilación, en donde se da derecho de rescate en determinados casos tasados, que es transferible a otra entidad y que se invierte bien en un producto unit linked, bien en un fondo con participación en beneficios.

6.- Otros productos para la jubilación, caracterizados por ofrecer ventajas fiscales y por estar preferentemente invertidos en acciones y sujetos al Código de Seguros.

Alemania.

1.- “Seguros de vida de capital acumulado” (Capital sum life insurance). Se trata de un seguro con las siguientes notas:

- Largo plazo;
- Primas únicas o periódicas;
- Acumulación de capital para la jubilación;
- Garantía para caso de muerte;
- El capital acumulado se paga en caso de muerte o cumplimiento de determinada edad;
- Se da una garantía de primas y del capital acumulado;
- Se otorgan beneficios adicionales a través de bonus, con un bonus final sobre las reservas ocultas;
- Los activos para cobertura serán aquellos que establezcan las normas generales de carácter prudencial (en ese momento las definidas en el marco Solvencia I);
- No hay un casamiento individual, póliza a póliza;
- El riesgo de inversión corresponde al asegurador por las sumas garantizadas, no por los bonus.
- Como se ha dicho, hay un derecho del tomador a participar en las reservas ocultas, estando la provisión por participación en beneficios regulada por Ley;
- Se otorga un derecho de rescate, que se puede ejercitar en cualquier momento y que obligará a aplicar una reducción por gastos y a aplicar los beneficios devengados.

2.- “Annuity insurance”.- Se trata de un producto de acumulación de capital para la jubilación, que presenta dos modalidades:

- de carácter inmediato, a través de una prima única con el fin de obtener una renta en caso de supervivencia. No hay cobertura de fallecimiento y sí participación en beneficios. Capitales garantizados y ausencia de derecho a rescate;

- de carácter diferido, que se caracteriza por presentar una combinación del producto “seguros de vida de capital acumulado” y el de carácter inmediato visto en la línea anterior.

2.2.4. Informe de Europe Economics de 29 de septiembre de 2010

Encargado por la Comisión Europea, este informe lleva a cabo un estudio del mercado europeo en lo referido a los productos que entrarían a formar parte de la futura regulación. Desde el punto de vista de los seguros de vida, se distinguen cuatro tipos:

- Tipo 1.- Corresponde a un unit linked en el que el tomador compra “unidades” de un fondo, que asume todo el riesgo de inversión, por lo que recibirá en su momento el valor de mercado de las unidades de cuenta;
- Tipo 2.- Se trata de un unit linked referido a un índice financiero, y normalmente se ofrece con una garantía de que el tipo aplicable no será negativo, independientemente del desarrollo del índice;
- Tipo 3.- En este caso se ofrecen garantía sobre una parte de la inversión, mientras que la otra depende de la evolución del valor de ciertos activos, habitualmente fondos de inversión (UCITS) elegidos por el tomador;
- Tipo 4.- En este tipo, el tomador tiene ciertos derechos a participar en los beneficios de la entidad aseguradora, además de disponer de unos rendimientos mínimos garantizados. Estos beneficios pueden proceder de:
 - Los ingresos por las inversiones que exceden del rendimiento mínimo garantizado;
 - Los beneficios por mejora en las tasas de mortalidad previstas; y
 - Los beneficios procedentes de un mejor comportamiento de los gastos.

Normalmente estos beneficios se añaden al importe de la póliza como un bono anual.

Con datos de 2008 se aprecian diferencias entre los distintos tipos predominantes en los diferentes Estados Miembros, donde prevalecen los Tipos 1 y 2, salvo mercados en los que el Tipo 2 es más comercializado, como es el caso de España e Italia.

El estudio finaliza con una relación de los costes y beneficios que una normativa sobre los productos de este tipo podría tener, deduciendo que dependerá de la estructura de cada mercado, principalmente en cuanto a los canales de distribución más prevalentes en uno o en otro.

2.2.5. Propuesta de Reglamento por la Comisión

Tras otra consulta pública, la Comisión lanza su propuesta de Reglamento el 3 de julio de 2012, a la que acompaña un Estudio de Impacto normativo cuyos puntos principales se va a exponer.

2.2.5.1. Factores que identifican el problema

1.- La existencia de productos en los que la finalidad de inversión del cliente minorista es semejante pero que adoptan distintas formas jurídicas. Se identifica como la necesidad a la que tratan de responder la de acumular capital aceptando la asunción de un nivel de riesgo que no tendría si optara por productos sin riesgo. Hay, pues, una aceptación tácita del inversor de que el producto conlleva un riesgo.

2.- La constatación del mosaico normativo que existe. Independientemente de las normas nacionales sobre información a suministrar al inversor en cada caso (tipo de producto), la legislación europea presenta una orientación sectorial sin una finalidad común. La posible existencia de arbitraje regulador es fácil de adivinar si se aplican regímenes distintos para cubrir necesidades similares de los inversores. Por otro lado, la defensa de un mercado único no puede basarse en diferentes tratamientos no sólo a nivel de la normativa comunitaria, sino con arreglo a los propios enfoques nacionales. La necesidad de establecer unas bases para una competencia real en el mercado choca con la multiplicidad de enfoques reguladores para productos semejantes, junto a las diferencias que el marco actual puede conllevar de cara a la protección del inversor.

3.- La asimetría informativa que define la posición del inversor minorista frente a la variedad de productos y sujetos que los comercializan no se entiende, por las propias evaluaciones que amparan el estudio de impacto, que haya sido atenuada de una forma efectiva en el mercado comunitario. Una investigación citada por la Comisión, llevada a cabo a través de la técnica del “cliente fantasma” (“mystery shopping”) daba como resultado un 60% de ventas inadecuadas por diversos motivos en el mercado comunitario. Se identifican tres elementos que condicionan el proceso de toma de decisiones del inversor: la comprensión del producto, su capacidad de comparar y la obtención de la información necesaria en el momento adecuado.

La Comisión se planteará como desafíos, dos puntos concretos:

- Cómo lograr que el “enfoque horizontal” funcione en la práctica, dado que debe ser aplicado por intermediarios financieros diferentes; y
- Cuáles son los elementos comunes a todos los PRIIPs y cuáles son los propios de cada tipo de ellos.

Todo ello sobre la base de alinear el trabajo de la MIFID 2 y de la futura Directiva de distribución de seguros.

Con base en lo anterior, la propuesta de Reglamento que formula la Comisión se basa en los siguientes ejes, enfocados como opciones políticas.

2.2.5.2. Ámbito de aplicación de la iniciativa

Frente a la posibilidad de fijar un ámbito que abarcara todos los productos de inversión minorista existentes, se opta por reducir la propuesta a los denominados “productos pre empaquetados”, dada la importancia del mercado que representan y los problemas de defensa del consumidor que plantean. Las mayores dificultades de comprensión que su estructura más o menos compleja pueden suponer se ofrecen como principal argumento para la opción elegida. Se plantea una perspectiva desde el punto de vista del inversor, no del producto, es decir, la posición que éste tiene respecto del producto que se le ofrece. Se trata de establecer como base los comunes riesgos económicos de los productos y no en la forma legal²⁰⁶. La Comisión reitera lo que ya se planteó previamente en cuanto a qué postura adoptar en caso de productos que se encuentren en el límite “PRIIPs-No PRIIPs”, como ocurre en ciertos tipos de contrato de seguro de vida tradicionales, productos derivados, ciertos tipos de pensiones y de “pension annuities”.

2.2.5.3. Nivel de normalización de la información ofrecida

Si el punto de partida es la multiplicidad de productos existentes y la variedad de los sectores en los que se ofrecen, una decisión clave es definir el grado de uniformidad de la información ofrecida. Esa normalización se extiende tanto al contenido como al formato. No debe sorprender que este sea uno de los puntos clave del enfoque de los PRIIPs, dado que en la práctica los productos presentan rasgos propios, a veces difíciles de encajar en enfoques muy homogéneos de información. No obstante, la Comisión optó por una denominada “normalización selectiva”, la cual supone que se debe armonizar al máximo la información relativa a lo relativo a riesgos, costes y rendimiento, mientras que cabrían adaptaciones a las especialidades de algunos productos específicos a través de normas de Nivel 2. Debe subrayarse esta remisión de la Comisión en su estudio de para entender las dificultades que en 2016 se han puesto de manifiesto a la hora de llegar a una propuesta de tales normas de Nivel 2 (Normas técnicas de regulación –“RTS”-).

2.2.5.4. Responsable de la elaboración del documento informativo

Elemento clave para el objeto de este estudio, centrado en las fases del proceso de distribución, optando por la Comisión por identificar al diseñador o fabricante del producto como responsable de su elaboración.

²⁰⁶ La Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de enero de 2015 (núm. 254/2015) ya mencionaba la naturaleza “mixta” del *unit linked*. Aseguradora y de inversión, no admitiendo que se rebaje las exigencias de transparencia del producto por articularse a través de un contrato de seguro.

2.2.5.5. Oportunidad del suministro de la información

Se es consciente de la importancia que tiene el momento de suministro de la información, por lo que se propone un enfoque normativo riguroso en esta cuestión.

2.2.5.6.- Responsabilidad civil y sanciones

Bajo este enunciado, la Comisión quiere subrayar que no hay intención alguna de establecer un régimen contractual, de responsabilidad contractual, en torno a las obligaciones de información que se derivan de la propuesta normativa. La finalidad de la misma es facilitar la comunicación con el cliente minorista en el ámbito de este tipo de ventas, protegiéndole en el proceso de formación de su voluntad (comprensión y comparación) y favoreciendo un mercado más competitivo en este tipo de productos. Como veremos en su momento, el Reglamento establecerá un régimen de responsabilidad civil por daños producidos por información falsa, dejando su desarrollo y concreción a los Estados Miembros.

3. REGLAMENTO 1286/2014, DE 26 DE NOVIEMBRE DE 2014 SOBRE LOS DOCUMENTOS DE DATOS FUNDAMENTALES RELATIVOS A LOS PRODUCTOS DE INVERSIÓN MINORISTA VINCULADOS Y LOS PRODUCTOS DE INVERSIÓN BASADOS EN SEGUROS (en lo sucesivo “el Reglamento” o “el Reglamento PRIIPs”)

3.1. Estructura de la exposición

A los efectos de nuestro estudio, expondremos el contenido de este, con la intención de establecer un planteamiento ordenado acerca del proceso de distribución de los productos de inversión basados en seguros con arreglo a dos fuentes normativas que definen el régimen general aplicable a los mismos y al período precontractual de los mismos: el propio Reglamento PRIIPs y la Directiva de distribución de seguros (IDD). Las dos fuentes normativas consideradas conjuntamente nos definirán cómo debe ser puesto a disposición del cliente, para su venta, tales productos. Al igual que ocurre con los productos de seguros amparados bajo la Directiva IDD, nos encontramos que este proceso afecta a tres áreas del distribuidor (entidad aseguradora o intermediario propiamente dicho):

- Información que suministrar al cliente;
- Organización del diseñador o distribuidor; y
- Actuación del distribuidor.

Junto a las dos fuentes normativas, habrá de considerarse igualmente la Directiva 2014/65/UE, o “Directiva MIFID II”, ya que aparece como inspiradora de la legislación delegada prevista en desarrollo del Reglamento, el Reglamento Delegado de la Comisión de 25 de abril de 2016, desarrollando la Directiva MIFID II (organización, conflictos de

interés, valoración de la conveniencia e idoneidad...), y, por último, la legislación delegada del propio Reglamento PRIIPs.

3.2. Legislación delegada del Reglamento PRIIPs

Tres textos legales desarrollarán lo previsto en el Reglamento:

- el REGLAMENTO DELEGADO (UE) 2021/2268 DE LA COMISIÓN de 6 de septiembre de 2021;
- el REGLAMENTO DELEGADO (UE) 2016/1904 DE LA COMISIÓN de 14 de julio de 2016 por el que se completa el Reglamento (UE) n.º 1286/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que atañe a la intervención en materia de productos; y
- el REGLAMENTO DELEGADO (UE) 2017/653 DE LA COMISIÓN de 8 de marzo de 2017 por el que se completa el Reglamento (UE) n.º 1286/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre los documentos de datos fundamentales relativos a los productos de inversión minorista empaquetados y los productos de inversión basados en seguros, mediante el establecimiento de normas técnicas de regulación respecto a la presentación, el contenido, el examen y la revisión de los documentos de datos fundamentales y las condiciones para cumplir el requisito de suministro de dichos documentos

El Reglamento establece en varios de sus preceptos la necesidad de elaborar normativa de segundo nivel por parte de La Comisión Europea para desarrollar los principios establecidos en el mismo. Distinguiremos su contenido en función del tipo de norma delegada a elaborar.

3.2.1. *Actos delegados de la Comisión*

3.2.1.1. *Intervención sobre productos*

Los artículos 16 y 17 establecen los poderes que corresponde a las Autoridades de supervisión con respecto a los productos de inversión basados en seguros (“IBIPs”). Estos poderes implican la posibilidad de prohibir o restringir la comercialización o venta de productos de esta categoría o impedir que una entidad aseguradora o reaseguradora llevara a cabo un determinado tipo de actividad. Con ello, el Reglamento quiere aplicar a los “IBIPs” el mismo régimen de poderes extraordinarios que el Reglamento n.º 600/2014, de 15 de mayo de 2014, relativo a los mercados de instrumentos financieros (“Reglamento MIFIR”) reserva en sus artículos 39 al 42 a las autoridades nacionales y europeas de supervisión sobre el resto de los productos sometidos al Reglamento PRIIPs (instrumentos financieros y productos estructurados). Así, y volviendo al Reglamento, se otorgan estos poderes por una parte a EIOPA como autoridad europea de supervisión de seguros (artículo 16), y a las autoridades nacionales (artículo 17). A pesar de la colocación sistemática de los preceptos, los poderes de EIOPA sólo podrán ejercerse en caso de que

la autoridad nacional competente no haya adoptado, o lo haya hecho de forma fallida, las medidas necesarias para afrontar de forma adecuada la amenaza. El supuesto de hecho que servirá de base para que las autoridades competentes puedan ejercer tales poderes implica que el producto o actividad tengan potencialmente la naturaleza de amenazar la protección del inversor, que ya implique una amenaza para el funcionamiento ordenado del mercado o para la propia estabilidad del mercado. La autoridad nacional podrá actuar si afecta a su mercado, mientras que EIOPA lo hará si se ve afectado todo o parte del sistema financiero de la Unión. En todo caso, la intervención de EIOPA sólo aparecerá de forma subsidiaria a la actuación de la o las autoridades nacionales afectadas. Las medidas regulatorias en este supuesto valorarán el grado de complejidad e innovación del producto o actividad, el noción que contiene el IBIP y el apalancamiento que proporciona el producto en la práctica. Con fecha 29 de junio de 2015, EIOPA evacuó el trámite de proporcionar la asesoría técnica a la Comisión con vistas a la elaboración por ésta de la legislación delegada pertinente²⁰⁷. Siendo un trabajo fundamentalmente de definir criterios de valoración para detectar cuándo esas supuestas amenazas se pueden producir o se han producido, EIOPA reconoce haberse basado en las listas de criterios ya expuestas por las autoridades EBA y ESMA en su asesoría a la Comisión con arreglo al Reglamento MIFIR.

3.2.1.2. Productos empaquetados o basados en seguros con finalidad medioambiental o social

Con base en lo previsto en el artículo 8.4 del Reglamento, se encomienda al Comité Conjunto de las tres autoridades europeas de supervisión financiera la obligación de emitir una asesoría técnica sobre los procedimientos de las entidades para calificar un PRIIP dentro de esta categoría. Tras el preceptivo documento de consulta, será en abril de 2017 cuando este Comité Conjunto emita su asesoría con el fin de que la Comisión lo integre en su medida legislativa de Nivel 2.

Normas técnicas de regulación.- Dado su carácter fundamentalmente técnico, se encomienda al Comité Conjunto la elaboración de los preceptivos borradores de normas técnicas de regulación (“RTS”) sobre los temas clave del Reglamento, que giran en torno al documento de datos fundamentales (Capítulo II del Reglamento), denominado como “KID” con arreglo a su formulación en inglés. Los puntos fundamentales que el Reglamento encarga para ser desarrollados por RTS son:

²⁰⁷ EIOPA, *Board of Supervisors Meeting 29-30 June 2015, Approved Deliberations and Conclusions*, 29 de junio de 2015, EIOPA-15/159. Disponible en: <https://register.eiopa.europa.eu/Publications/Administrative/PUB-Approved-Minutes-EIOPA-BoS-15-159.pdf>

- Contenido del documento KID en todas y cada una de las partes que contiene (artículo 8);
- Obligación del diseñador o productor de examinar periódicamente la información contenida en el documento y, en su caso, revisarla (artículo 10); y
- Condiciones para proporcionar el documento al inversor minorista (artículo 13).

3.3. Contenido, propósito y justificación el Reglamento

El Reglamento PRIIPs mantiene las mismas ideas básicas que a lo largo de las distintas fases de su proceso de elaboración se pusieron de manifiesto. Leyendo sus Considerandos se constata lo anterior. Así en el Considerando (1) se resumen los elementos que justifican su adopción:

- Una oferta creciente de productos que el mercado ofrece;
- Estos productos se dirigen a satisfacer las concretas necesidades del inversor minorista, para lo cual se combinan elementos básicos de un instrumento financiero con otros, como por ejemplo con coberturas de seguro, haciéndolos en muchos casos difíciles de entender.;
- El mosaico legislativo existente en el contexto europeo hace que la información ofrecida no está coordinada entre los distintos ámbitos financieros, lo que impide comparar y comprender los productos;
- En consecuencia, se han producido inversiones fallidas en perjuicio de los inversores minoristas;
- La crisis financiera es objeto de recordatorio en los Considerandos, teniendo en cuenta que “el ejercicio PRIIPs” comenzó antes de manifestarse la misma y expresarse, entre otros síntomas, en un gran número de productos financieros vendidos de forma incorrecta;
- Igualmente, se constata que, a nivel nacional, un gran número de Estados Miembros adoptaron, como reacción a la crisis, disposiciones normativas que dificultan la armonización y la profundización en el mercado único. Debe hacerse ver que este hecho repercutirá en cómo se desarrollará el debate de los RTS, al intentar que fueran lo más compatibles con las normativas ya existentes;

3.4. Ámbito subjetivo: el cliente minorista

El destinatario del régimen jurídico establecido en el Reglamento será el inversor minorista, el cual se define en el artículo 4.6) como aquél que coincide con la definición del artículo 4.1, punto 11 de la Directiva MIFID II [«cliente minorista»: todo cliente que no sea cliente profesional; «cliente profesional»: todo cliente que se ajuste a los criterios establecidos en el anexo II; En el Anexo II se relacionan los clientes que siempre son profesionales por sus características y aquellos que pueden ser considerados como tales si así lo solicitan]. También se van a considerar como profesionales los que se consideran

clientes a efectos de la entonces vigente Directiva de mediación de seguros [Directiva 2002/92/CE] y no entran en la categoría de cliente profesional de la Directiva MIFID II. La Directiva de mediación, sólo excluye de la consideración de cliente minorista a las operaciones de mediación sobre grandes riesgos. Por tanto, en el ámbito de los productos de inversión basados en seguros habrá que excluir en primer lugar a los grandes riesgos como primer criterio y posteriormente aplicar los establecidos por la Directiva MIFID II. En todo caso, los factores de clasificación son:

- 1.- Para los grandes riesgos, el tamaño del contratante y la actividad a la que se dedica;
- 2.- Para los clientes minoristas, existe una presunción de conocimiento para ciertas instituciones y entidades y una demostración de conocimiento sobre ciertos hechos objetivos.

No aparece como criterio decisivo el que define al consumidor en la normativa comunitaria, es decir, el que realiza la contratación fuera de su actividad profesional o empresarial.

En capítulo aparte desarrollaremos este aspecto del elemento subjetivo.

3.5. Descripción del producto “empaquetado”

Con base en el Considerando (6), se trataría de una coincidencia de los siguientes elementos:

- No se produce una inversión directa a través de la adquisición o tenencia de los activos;
- El “empaquetado” implica realizar una vinculación de varios activos en el marco de un proceso de mediación entre el inversor minorista y el intermediario que tiene por objeto crear exposiciones diferentes, dar a los productos rasgos diferentes o lograr estructuras de costes diferentes en comparación con la tenencia directa;
- De este modo se crean para el inversor minorista estrategias de inversión de otra manera inviables o inaccesibles al mismo;
- El proceso de “empaquetado” tiene como primera consecuencia que se va a requerir una información adicional y específica que le permita comprender y comparar las modalidades diferentes que se le ofrecen;
- Se deben excluir los productos de seguro de vida que no ofrezcan oportunidades de inversión al cliente.

Cuando el artículo 4 2) define al producto de inversión basado en seguros lo hace diciendo que *“será aquel producto de seguro que ofrece un valor de vencimiento o de rescate que está expuesto en todo o en parte, directa o indirectamente, a las fluctuaciones del mercado”*. Con ello parece dejar claro que para que un producto de seguros entre en la categoría sometida al Reglamento no importa el proceso de empaquetado (exposición a

inversiones no adquiridas por el inversor), sino el hecho de recibir un valor de rescate o el vencimiento derivado de fluctuaciones no dependientes de la voluntad del asegurado/inversor. La interpretación de la expresión “*directa o indirectamente*” parece pensada para ampliar el catálogo de productos incluidos en la categoría, y exige un análisis pormenorizado de la posición del tomador frente a su inversión.

3.6. Información a suministrar al inversor minorista en caso de un producto incluido en la categoría de PRIIP

La principal finalidad del Reglamento es la regulación del documento de datos fundamentales (“KID” en lo sucesivo) que se deberá elaborar para cada PRIIP y poner de manifiesto a los inversores minoristas que deseen adquirirlo. El KID recoge la tradición normativa de otros documentos precontractuales ya citados en este trabajo, si bien tiene como principal inspirador al denominado KII por sus siglas en inglés de la Directiva 2009/65/CEE, reguladora de los organismos de inversión colectiva (“UCITS”, por sus siglas en inglés), en donde su artículo 8 regula el documento de “Datos fundamentales para el inversor”, sobre la base de establecer un contenido mínimo en el que identificación, costes, rendimientos históricos, nivel de riesgo aparecieran en un formato claro e inteligible para el inversor. Posteriormente, el Reglamento de la Comisión nº 583/2010 desarrollaría los distintos elementos que componen el KII y el formato que cada componente debería cumplir.

En el caso del Reglamento PRIIPs, el KID es regulado a través de unos principios y contenidos mínimos que deberán desarrollarse en legislación de segundo nivel. Resumimos los puntos principales que el Reglamento trata al regular el documento, con la intención de exponer las dificultades que la tramitación de sus normas delegadas ha presentado, y que supuso que la Comisión planteara el 9 de noviembre de 2016, y el regulador comunitario aceptara, la prolongación de la entrada en vigor del Reglamento a 1 de enero de 2018.

3.7. Independencia del KID de la información contractual y comercial

El punto clave del KID es lo que tiene que figurar en el mismo, el formato en el que se tendrá que facilitar y los métodos para elaborar la información ahí contenida. Por tanto, nos encontramos con un nuevo documento que se añade a los ya exigidos por otras normativas comunitarias y, en su caso, nacionales. El Reglamento se preocupa de declararlo independiente de cualquier contenido contractual o comunicación comercial, con quienes debe guardar coherencia y evitar contradicciones.

3.8. Forma y contenido: las pruebas sobre consumidores

La base fundamental de la reglamentación PRIIPs es permitir una toma de decisiones informada y comprendida por el inversor. La información contenida en el documento debe favorecer que el mercado funcione en el sentido de que el operador económico, el cliente, pueda elegir la opción que satisfaga mejor sus necesidades. Para ello, el Reglamento huye de la exhaustividad, lo que llevaría a enormes cantidades de datos y cláusulas, procura dejar bien claro que no se trata de información contractual (artículo 6.1), sino de “información fundamental”. Se trata, pues, de ponerse en el lugar del inversor e identificar cuáles son los elementos que le condicionan para su decisión de inversión. La experiencia principalmente jurisprudencial o administrativa (a través de los sistemas de reclamación de clientes) en identificar aquellos rasgos del producto que si se hubieran conocido o si hubieran sido mejor explicados habría condicionado la declaración de voluntad del inversor son los que trata de captar la normativa PRIIPs. La doctrina del error que ha puesto de manifiesto nuestra jurisprudencia a la hora de analizar determinados negocios jurídicos sobre contratos financieros, y de la que ya hemos hablado, permite llegar al centro de la voluntad manifestada por el inversor. Por tanto, en torno al riesgo y a los retornos por el capital invertido se centran los puntos en los que el inversor decide. La idea de brevedad o concisión también resulta básica para evitar que elementos esenciales queden oscurecidos entre un gran número de cláusulas o condiciones. En consecuencia, se huye del lenguaje contractual y se prima el factual.

En aras de conseguir esta facilidad de comprensión y comparación, la Comisión Europea llevó a cabo en 2015 un estudio basado en pruebas sobre consumidores, con el fin de verificar en la persona de una muestra de distintos perfiles de clientes y distintos mercados nacionales qué tipo de formato (colores, figuras, estructura, lenguaje...) conseguía una mejor percepción del destinatario²⁰⁸. Realizado en dos fases, en la primera se ofrecieron los elementos diferenciados que integran el contenido, mientras que en la segunda se buscaba una comprensión global.

Los resultados obtenidos constituirían la base para el desarrollo de las normas técnicas de regulación a desarrollar sobre el contenido y el formato. A efectos prácticos, la fijación de un formato como obligatorio en la normativa comunitaria podría entrar en colisión con formatos ya instaurados en los Estados Miembros que habían legislado ya sobre el particular como reacción a la crisis financiera.

3.9. Forma y contenido: principios y epígrafes obligatorios

²⁰⁸ LONDON ECONOMICS, *Consumer testing study of the possible new format and content for retail disclosures of packaged retail and insurancebased investment products* (MARKT/2014/060/G for the implementation of the Framework Contract n° EAHC-2011-CP-0). *Final Report*, 2015. Al respecto, consultese: http://ec.europa.eu/finance/finservices-retail/docs/investment_products/2015-consumer-testing-study-executive-summary_en.pdf

Con relación a la forma, el Reglamento repite los principios que ya figuran en otros textos normativos de la Unión Europea de defensa de los consumidores o inversores:

- Brevedad, concisión, estructura clara, de tamaño legible en la letra empleada y lenguaje claro;
- Completitud; sólo remisiones necesarias, pero no sobre los puntos de contenido obligatorio.
- Traducciones fidedignas, si el documento original está redactado en una lengua distinta de la del cliente.

Por ello el Reglamento considera en su artículo 8 (3) que la información debe desarrollar los siguientes puntos:

1. Qué es el producto (o inversión, como aparece en algunos documentos de trabajo de la Comisión);
2. Cuáles son los riesgos y qué se puede esperar a cambio;
3. Qué ocurre si la empresa emisora del producto no puede pagar;
4. Cuáles son los costes del producto;
5. Cuánto tiempo debe mantenerse la inversión y si existe el derecho a un reembolso anticipado;
6. Cómo pueden presentarse; y
7. Otras informaciones de carácter relevante.

Si lo anterior va encaminado a conseguir que el cliente potencial esté completamente informado, la segunda finalidad del Reglamento es la comparabilidad. Para ello, la encomienda es llegar a un único formato para todos los productos amparados bajo el Reglamento.

En suma, con arreglo a los resultados de los “Consumer tests”, más encaminado hacia el formato, y con el contenido que el Reglamento establece que debe respetar el documento, las autoridades de supervisión financiera a través de su Comité Conjunto, recibieron el encargo de elaborar un borrador de normas técnicas de regulación, con arreglo al artículo 8.5 del Reglamento PRIIPs.

Como principal condicionante del documento aparece la limitación que el artículo 6.4 establece en cuanto a su extensión, la cual no podrá sobrepasar las tres caras de tamaño A4. Ello convierte al documento en una síntesis de una serie de metodologías de cálculo y de criterios que llegan al consumidor en la forma de un resultado, dando un papel esencial al marco regulatorio que subyace y que muestra la dificultad de llegar a un acuerdo entre los representantes de mercados cuyos productos ofrecen gran variedad en cuanto a los objetivos de los clientes.

3.10. Elementos que integran el contenido del documento de datos fundamentales

3.10.1. Fuentes y estructura de la exposición

Junto a lo establecido en el citado artículo 8 del Reglamento, el borrador de RTS remitido por la Comisión Europea al Consejo y al Parlamento europeos con fecha 6 de abril de 2016, y convertido en Reglamento Delegado (UE) 2017/653 de la Comisión, de 8 de marzo de 2017²⁰⁹, constituyen la base sobre la que comentar tanto el contenidos prescrito por dicho Reglamento como la forma de abordar los mismos desde el punto de vista de la normativa de segundo nivel. En la medida en que las reticencias del Parlamento Europeo para no aceptar el borrador afectaron sólo a unos puntos muy concretos, el instrumento normativo citado recoge el contenido del borrador con diferencias únicamente de carácter formal.

De este modo, se expondrán las distintas partes o secciones del documento y las bases metodológicas de los contenidos que se ofrecen. De hecho, en el proceso de elaboración de las normas técnicas de ejecución se plantean dos cuestiones principales: como elaborar los datos que se incluirán en cada parte del documento y cómo presentarlas. Hay, por tanto, que llegar a un equilibrio entre la complejidad, en ocasiones muy elevada, de las metodologías de cálculo y encontrara una presentación clara y comparable de las conclusiones a las que se llegan en cada una de las partes.

En todo caso, se deberá incluir una información sobre el nombre del documento, productor o diseñador de este y autoridad competente, se entiende a efectos de supervisión. Se contempla también la posibilidad de incluir una advertencia sobre la complejidad del producto, tema no regulado por el Reglamento y que nos lleva a clasificaciones que proceden bien de la Directiva MIFID 2 (artículo 19.6) y su normativa de desarrollo (artículo 38 de la Directiva de Nivel 2), bien de la Directiva de distribución de seguros. De hecho, como ya se comentará, el régimen aplicable a las advertencias sobre productos complejos fue uno de los puntos que el Parlamento Europeo estimó necesario que las normas técnicas de ejecución deberían desarrollar más en orden a una aplicación más armonizada entre los diferentes Estados Miembros.

Así, junto a los siete componentes del documento, que ya se han señalado, deben elaborarse resúmenes explicativos en formato estándar relativos a:

- Los riesgos que afectan al producto (indicador resumido de riesgo o SRI – “Summary Risks Indicator”);
- Los escenarios de rentabilidad a considerar, que deberán recoger las características propias de cada producto, en función de los flujos de pagos que generan o del período de inversión recomendado;
- Los costes que recaen sobre el producto, a través de un indicador resumido de dichos costes, en los que se deberá exponer los diferentes tipos que los forman (de

²⁰⁹ Diario Oficial de la Unión Europea, de 12 de abril de 2017, L 100/1.

una sola vez, de entrada, periódicos, incidentales,...) y cómo pueden afectar en las distintas hipótesis de mantenimiento de la inversión o no durante el período recomendado.

3.10.2. Documento principal

En él deben incluirse las respuestas a las siete cuestiones mencionadas en el artículo 8 del Reglamento.

1.- *Qué es el producto.*- La intención de esta sección es presentar los rasgos que identifican al producto desde el punto de vista de su funcionalidad económica, si bien se habla de mencionar su forma legal (“legal form”). Debe entenderse que no se trata de una clasificación sobre la naturaleza jurídica del producto, sino que se trataría de adaptarse a lo que el cliente puede entender como distintos tipos de productos (de seguros, bancarios o de inversión propiamente dichos), lo que le permitirá una primera aproximación a su elemento diferenciador entre los distintos productos que ofrezca el mercado. El resto de las informaciones están regidas por los elementos clave de cualquier inversión, es decir, estructura de los desembolsos que van implícitos al producto. Es decir, el juego de retornos esperados con relación al tiempo estimado de tenencia y las relaciones de dependencia entre los mismos. Es en este apartado en el que se detectaría la complejidad del producto, en la medida en que el cliente no fuera capaz de entender de forma sencilla la correlación entre ciertos acontecimientos (cotizaciones, evolución de un referente de tipo financiero...) y el retorno recibido. Junto a ello, deberá informarse del tipo de cliente al que va dirigido el mercado, incluyendo así lo que ya es un estándar regulatorio consagrado en el derecho comunitario y comparado en materia de conducta de mercado como es el mercado destinatario. Ello permitirá hacerse una autoevaluación al cliente acerca de su propio perfil. No debe olvidarse que el documento KID tiene una vocación genérica y no supone ningún tipo de asesoramiento frente al cliente potencial. La inclusión en los productos PRIIPs de productos con cobertura propiamente aseguradoras obliga a que en esta sección se describan esas coberturas, así como su influencia en el funcionamiento del producto (primas, prestaciones a recibir en caso de producirse el riesgo biométrico, coste de la cobertura aseguradora sobre el coste total del producto...). En suma, esta sección cubriría una parte clave de lo que la doctrina jurisprudencial ha definido como el funcionamiento económico del contrato. Quedaría completada dicha estructura con los riesgos derivados del producto.

2.- *Qué riesgos asume el cliente-inversor y qué rendimiento podría obtener.*- Es en esta sección donde residen los elementos más polémicos del documento, debido a que el conocimiento de los riesgos es el elemento clave de la decisión del inversor, por un lado, y porque implica aceptar una serie de metodologías de carácter común para productos de distinta naturaleza (aunque de finalidad principalmente inversora). Predecir el futuro, exponer y valorar los riesgos y exponerlo todo ello de manera clara y comparable resume

las dificultades de esta sección. No en balde ha sido la que ha protagonizado las reticencias del Parlamento Europeo de cara a rechazar la propuesta de normas técnicas de ejecución que la Comisión le sometió el ya citado 6 de abril de 2016. Se trata de encontrar un equilibrio entre el rigor técnico y la prudencia. El cliente aparece como el destinatario y sujeto de protección, por lo que nada debería omitirse (riesgos) ni ningún escenario por muy difícil de acontecer que fuera se dejaría de exponer (previsión de rendimientos).

Sometido aún a discusión, una vez que en septiembre de 2016 el Parlamento Europeo rechazó la propuesta, existen, no obstante, elementos del enfoque adoptado que pueden considerarse fijos y que se estima no sufrirán modificaciones sustanciales.

3.10.3. Elementos integrantes de la sección por imperativo del Reglamento

3.10.3.1. Indicador resumido de riesgo (“SRI”)

Dado el objetivo de simplicidad y comparabilidad del Reglamento, se establece la necesidad de resumir todos los riesgos en un único indicador, habiéndose optado para su formato de presentación por una cifra que va desde el 1 del riesgo más bajo hasta el 7 del más alto. El Reglamento prevé que esa cifra sea enriquecida por una explicación sobre los componentes de ese indicador, limitaciones y riesgos no considerados. Sin embargo, lo que adquiere mayor importancia es lo que visualmente se ofrece al inversor, es decir, una cifra.

Medida del riesgo.- En el artículo 3 d i), el Reglamento obliga a incluir un indicador resumido de riesgo en el KID. El deseo de simplificación y comparabilidad, esencial en la norma, hace que deba buscarse una manera de sintetizar en un único indicador los riesgos que afectan al producto, lo cual exige un gran esfuerzo metodológico sobre su cálculo y su presentación en el documento.

De este modo se consideran como riesgos principales, que se incorporarían en el indicador sumario y se reflejaría en forma de número, en una escala de 1 a 7, tanto el riesgo de mercado como el riesgo de crédito. En el borrador de normas técnicas de ejecución los estos dos riesgos se incluyen en el Anexo, pero no en el articulado, por lo que queda abierta la puerta de una modificación futura de dicho Anexo.

Riesgo de mercado y su medición. - No figura en el Anexo una definición de dicho riesgo²¹⁰, si bien sí se describen las bases para su cálculo, como una medida de volatilidad (“*volatilidad anualizada correspondiente al valor en riesgo –VaR- medido a un nivel de*

²¹⁰ La Ley 20/2015 de ordenación, supervisión y solvencia de los seguros privados define este riesgo como “*el riesgo de pérdida o de modificación adversa de la situación financiera resultante, directa o indirectamente, de fluctuaciones en el nivel y en la volatilidad de los precios de mercado de los activos, pasivos e instrumentos financieros*” (art. 14.2 Ley 20/2015).

confianza del 97,5% sobre el período recomendado de mantenimiento de la inversión, salvo que se pueda establecer de otra manera”.

Primer paso.- Con arreglo a la estructura de los reembolsos del PRIIP se va a establecer **cuatro categorías de productos:**

- Categoría 1.- Son productos en los que el inversor puede perder más de lo que han invertido, los que la Directiva MIFID 2 contempla en su Anexo I integrados en contratos de derivados, opciones y permutas de distinto tipo, incluidos los contratos por diferencias, y, por último, aquellos en los que tanto el PRIIP, como, en su caso, los activos subyacentes tienen precios que se pueden obtener con una periodicidad mayor que el mes o que carecen de un índice o referencia adecuados o cuyo valor no se puede obtener con una periodicidad menor que el mes;
- Categoría 2.- Aquellos que ofrecen una exposición no apalancada al subyacente de que se trate o están apalancados sobre subyacentes que ofrecen un pago que se calcula como un múltiplo sobre el valor de dichos activos, existiendo suficiente información histórica de sus precios o bien están referenciados a índices o referencias disponibles cuyos valores se pueden obtener sobre una base regular;
- Categoría 3.- Productos con una estructura de pagos no lineal, si bien con información histórica sobre sus precios o sobre los valores de los índices o referencias de sus subyacentes;
- Categoría 4.- Productos cuyos pagos no dependen en mayor o menor parte de factores observables en el mercado, incluyéndose aquí los productos de inversión basados en seguros en los que se reparte entre los inversores una parte del beneficio obtenido por el diseñador (seguros con participación en beneficios).

En suma, el proceso para establecer la categoría a la que pertenece un determinado PRIIP pasaría por valorar distintos elementos:

- Tratarse o no de un producto derivado;
- Estar el inversor en riesgo de perder más que la cantidad invertida;
- Depender el valor del producto únicamente de valores observables en el mercado;
- Ofrecer o no valores garantizados no sujetos a condiciones;
- Disponer de un registro histórico de precios (semanales o mensuales, pide el texto), bien del subyacente bien de los índices o referencias utilizados para valorarlo;
- Tener una estructura de pagos lineal (múltiplo del valor del subyacente) o no lineal;

Segundo paso. - Una vez clasificado el PRIIP debe valorarse el riesgo, el cual integrará una parte del indicador resumido de riesgos que aparecerá en el documento. SE establece una escala de 1 a 7 como medida de volatilidad. Para llegar a la misma debe calcularse la

volatilidad equivalente para situarlo en uno de los siete niveles referidos. Ello exigirá disponer de los datos que van a permitir, para cada categoría de producto, aplicar una metodología de cálculo diferente en función de su estructura de pagos. Es decir, se calcula la volatilidad con arreglo a los datos disponibles (si existen), con base en el VaR fijado en la norma. En el caso de los productos de Categoría 4 se deberá identificar la parte de los pagos que dependen de factores observables en el mercado y la parte que no. Para la parte no observable se aplicará un método que sea aceptado por el mercado y que considere los factores de incertidumbre asociados con los rendimientos que se esperan. Para la parte observable se aplicarán los métodos previstos para las otras categorías de PRIIPs en función de los activos subyacentes del producto. Si dicho producto de Categoría 4 tiene una protección de capital garantizado para calcular la medida se aplicará la curva libre de tipos sobre el valor garantizado, asumiendo que el VaR es el importe de dicho capital, considerando el período recomendado de mantenimiento de la inversión. El descuento se aplicará sobre dicho período.

Con ello se ha obtenido el indicador de riesgo de mercado, parte del indicador resumido que se hará contar en el KID.

Riesgo de crédito y su medición. - Este es el segundo componente del SRI²¹¹. Este riesgo sólo deberá calcularse cuando sea relevante, e intenta capturar la probabilidad de insolvencia de las entidades asociadas al PRIIP y el impacto que una tal situación de insolvencia pudiera producir en el rendimiento y, en general, retorno (por ejemplo, en los valores garantizados), del inversor. Los elementos que van a determinar la fijación de este riesgo y su transformación en un dígito que entrara a formar parte del indicador SRI son:

- Las calificaciones crediticias, en caso de que existan;
- Una valoración del riesgo de insolvencia alternativa a la anterior; y
- Posibles ajustes derivados del vencimiento y de factores que mitiguen o incrementen el riesgo, cuando proceda su aplicación.

Sobre esas bases se establece una escala de 1 a 6 para medir este riesgo. Como simplificación, se propone que si un PRIIP tiene adjudicada una medida de riesgo de mercado de 7 no procederá valorar el riesgo de crédito, dado que se situaría ya por ese motivo en la escala más alta del indicador resumido de riesgo.

En principio se detectará la existencia de riesgo de crédito si existe una entidad que está directamente comprometida al pago de cualquier prestación o retorno al inversor y la

²¹¹ La misma Ley 20/2015 define el riesgo de crédito como “*el riesgo de pérdida o de modificación adversa de la situación financiera resultante de fluctuaciones en la solvencia de los emisores de valores, las contrapartes y cualesquiera deudores al que están expuestas las entidades aseguradoras y reaseguradoras, en forma de riesgo de incumplimiento de la contraparte, riesgo de diferencial o concentración de riesgo de mercado*” (art. 14.3 Ley 20/2015).

exposición no está suficientemente garantizada. En el caso de que el valor del PRIIP dependa de la solvencia del obligado al pago o de la exposición habría riesgo de crédito si una entidad está obligada a pagar el rendimiento o en general el retorno al inversor sin que haya garantía suficiente o el propio subyacente está expuesto a dicho riesgo de crédito. Si tanto el PRIIP como tal y el subyacente están afectados por el riesgo de crédito, se tendrán en cuenta ambos para la valoración global de dicho riesgo. Deberá hacerse un ejercicio de “look through” o “transparencia” cuando la única fuente de riesgo de crédito sea los activos subyacentes. Los UCITS no tendrán riesgo de crédito, pero sí los activos o exposiciones subyacentes. No habrá riesgo de crédito para los derivados que se negocien a través de cámaras de contrapartida central.

Igualmente se deberá evaluar el riesgo de crédito de los obligados al pago de los rendimientos o retornos del PRIIP, teniendo como base las calificaciones de los mismos si las hubiera. Se considerará tanto la calificación del propio PRIIP como del obligado al pago, siempre que se dispusiera de ello. Con ello se asignará una calificación crediticia que obedecerá a la escala establecida por la normativa comunitaria sobre Agencias de Calificación Crediticia (de 1 a 6). Se establecen reglas para llegar a la evaluación final del riesgo de crédito del PRIIP, estableciendo ponderaciones de los diferentes riesgos de crédito que confluyen (obligados al pago y activos subyacentes) debiendo considerarse igualmente, a título de ajuste, el vencimiento del PRIIP, de forma que para calificaciones crediticias más bajas se asignará un menor grado de calidad crediticia, a través de una tabla de asignaciones que fue muy debatida con el fin de que no se penalizara los productos con vencimientos a largo plazo, salvo que tuvieran calificaciones crediticias de 4, 5 o 6.

Ante la pregunta de cómo valorar el riesgo de crédito si no se dispone de calificación crediticia para el obligado al pago, se establece un sistema por defecto, mediante el cual si dicho obligado es una entidad regulada (entidad de crédito o entidad aseguradora) se le asigna automáticamente una calificación crediticia de 3. Para el resto de obligados la calificación sería de 5. Es necesario mencionar la polémica que ha suscitado esta adscripción por parte principalmente de las entidades aseguradoras, dado que los exigentes requerimientos de solvencia que el marco “Solvencia II” (o su equivalente en banca con “Basilea II o III”) pudieran llegar a la conclusión de que el riesgo de crédito para las entidades que cumplieran tales requisitos pudiera ser inferior como nivel automático. Se abandonó en la tramitación cualquier consideración del grado de cumplimiento de los requisitos de fondos propios como criterio para determinar el riesgo de crédito de cada entidad, y se optó por este criterio de automatismo y por los denominados factores mitigadores de riesgo. Resulta asimismo chocante que se dé prioridad al criterio de calificación crediticia, en la medida en que la Unión Europea,

como consecuencia de la experiencia habida con la crisis financiera, ha adoptado como política la menor dependencia progresiva de estas calificaciones en su regulación²¹².

Independientemente de lo anterior, la normativa de desarrollo de los PRIIPs establece una tabla de correspondencia entre la calificación crediticia obtenida por la metodología ya mencionada a grandes rasgos con el fin de llegar a la medida de riesgo de crédito que se utilizará para definir el SRM que se incluirá en el documento KID. Las medidas irán desde 1 a 6, de forma que las calificaciones crediticias 0 y 1 se corresponderán con el 1 como medida, y el resto de las calificaciones coincidirán con la medida final (2 será 2; 3 será tres, y así sucesivamente hasta 6). Lo más importante para llegar a esa medida final es que sobre el grado de calificación crediticia se aplicarán los denominados “factores mitigantes de riesgo”. Es decir, se mejorará el resultado de la calificación crediticia obtenida (bien por el método de la entidad calificadora o por el método por defecto) aplicando una serie de criterios que pueden llegar a determinar que el riesgo de crédito final (la medida) es inferior.

Con esto se puede llegar a la medida 1 si los activos o las garantías del PRIIP se mantienen separados e identificados y en cuentas separadas de las del obligado al pago durante toda su duración.

Con vistas a las entidades aseguradoras, a las que les correspondía una clasificación por defecto de 3, se contempla la posibilidad de subir hasta un 2 como medida si junto a la identificación y separación de los activos en registros o cuentas especiales, el mantenimiento de tales activos por un importe equivalente a las obligaciones de pago durante todo el período de vida del PRIIP, se reconoce la prioridad de los inversores para satisfacer sus obligaciones preferentemente sobre esos activos con relación a cualquier otra obligación mantenida por la entidad sobre otros acreedores. La identificación o mantenimiento de los activos lo serían en la manera contemplada en los artículos 275 y 276 de la Directiva 2009/138/UE, los cuales recogen el sistema de identificación de los activos en los que se materializan las provisiones técnicas, la obligación de mantener el valor de los mismos al nivel del de dichas provisiones, así como el régimen de prelación de créditos de las obligaciones derivadas de los contratos de seguro. Se contempla también la mejora de la medida de riesgo de crédito si no se cumplen los criterios anteriores pero las obligaciones de la entidad están sometidas a técnicas de casamiento de

²¹² *Vid.* Informe de la Comisión Europea en respuesta a las discusiones habidas en el seno del *Financial Stability Board*. DIRECTORATE GENERAL INTERNAL MARKET AND SERVICES, *EU Response to the Financial Stability Board (FSB)*, EU Action Plan to reduce reliance on Credit Rating, Agency (CRA) Ratings, *Staff Working Paper*, publicado el 16 de mayo de 2014. Disponible en: https://finance.ec.europa.eu/system/files/2016-10/fsb-eu-response-12052014_en.pdf y también en: https://finance.ec.europa.eu/publications/response-financial-stability-board-request-action-plans-reduce-reliance-cra-ratings_en

flujos que permitan hacer frente a las posibles deudas frente a los inversores con arreglo a la realización de los activos necesarios en cada momento.

Como comentario a la propuesta anterior, muy sometida a polémica por el sector asegurador, merece la pena recalcar cómo los rasgos de los productos y su gestión, además de las obligaciones contempladas en los contratos de seguro que los sustentan pueden tener una influencia clave en la medida del riesgo del producto que se ofrezca al inversor minorista a través del KID.

Aggregación de los riesgos para llegar al indicador resumido del riesgo.-

Como última operación, corresponde llegar a esa medida sintética, para lo cual se propone una tabla donde se combinan los riesgos de mercado y de crédito para llegar a ese indicador. El contenido de la citada tabla implica una toma de posición por él regulados en cuanto a la mayor o menor ponderación de uno u otro riesgo en la medida final, apreciándose en principio una mayor ponderación del riesgo de mercado.

Otros temas a considerar.-

- Debe mencionarse la obligación que tiene el productor o diseñador del PRIIP de mantener actualizada la información o datos que sirven de base para la evaluación de los riesgos, debiendo de modificarse siempre que se produzcan variaciones en la política o estrategia de sus inversiones.
- Si bien el riesgo de liquidez no entra en el cálculo del indicador resumido de riesgo, sí se considera necesario a tener en cuenta cuando sea material, esto es, cuando el mercado no ofrezca las garantías de liquidez necesarias. En todo caso, una advertencia de iliquidez deberá insertarse en el documento si se aprecia que existe la misma.

3.10.3.2. Escenarios de rentabilidad

Constituye otro de los elementos que deben figurar en el documento KID y que reviste semejantes problemas técnicos tanto en cuanto a su metodología como a la forma de presentarse al inversor minorista.

La metodología que se propone considera tres escenarios posibles: favorable, moderado y desfavorable. Este enfoque de tres escenarios se incluyó en la propuesta que la Comisión Europea remitió al Consejo y al Parlamento para su aprobación. Sin embargo, el Parlamento, entre sus argumentos para rechazarlo el uno de septiembre de 2016, aludió a la necesidad de incluir un cuarto escenario denominado “estresado”. Igualmente, el parlamento se mostró crítico por el excesivo “optimismo” del escenario moderado, por lo que propuso que en el moderado se contemplase como retorno cero. La propia variedad potencial de los productos amparados bajo la etiqueta PRIIP motivó que se considerase la posibilidad de un escenario adicional para productos de inversión basados en seguros,

mostrando la influencia que en el comportamiento financiero del producto pueden tener las contingencias propiamente aseguradoras, o de cobertura de riesgo biométrico, esto es, muerte o supervivencia en cada caso.

La metodología propuesta parte de una serie de puntos básicos:

- Ofrecer los rendimientos netos de los costes incurridos en el período de inversión recomendado;
- Se presentarán los rendimientos tanto en valores absolutos como en porcentajes;
- Los diferentes escenarios se calcularán con base en distintos percentiles de la distribución de probabilidad de los rendimientos esperados;
- Se calcularán los rendimientos esperados en períodos intermedios en función de la mayor o menor duración del producto;
- El marco para el cálculo de los escenarios será semejante al que informa el cálculo del indicador de riesgo de mercado, por lo que se diferenciará entre las distintas categorías de productos en cuanto al método a emplear, y se utilizarán los valores históricos disponibles, de manera semejante al riesgo de mercado;
- Se proponen medidas adicionales de cálculo cuando se trata de productos de inversión basados en seguros, como la consideración de la futura participación en beneficios, que exigirá la aplicación de hipótesis coherentes con los rendimientos de los activos subyacentes y con el reparto previsible de ganancias entre el productor o entidad aseguradora y los inversores, con arreglo a la experiencia y a las políticas de empresa que se mantengan o, en su caso, sean objeto de modificaciones. Los pagos discretionales se considerarán sólo en el escenario favorable.

Como resumen, se contemplan metodologías diferentes en función de la categoría de productos de que se trate. En el caso de productos de inversión basados en seguros con un horizonte temporal a largo plazo, con períodos recomendados considerablemente largos se duda de la utilidad de escenarios intermedios, dada la finalidad económica que tienen estos productos, de previsión a largo plazo frente a los objetivos de especulación a corto de otros productos integrados en la misma calificación de PRIIPs.

3.10.3.3. Indicador resumido de costes

Lo prescribe como necesario componente del documento el artículo 8.3 f) como parte fundamental que integra la sección “*Cuáles son los costes*”. El Reglamento es estricto en los principios que formula sobre este tema, ya que obliga a incluir todos los costes asociados a la inversión y soportados por el inversor minorista, sean directos o indirectos, único o recurrentes (periódicos): Se presentarán de forma agregada, con vistas a facilitar la comparabilidad. Una vez más esta necesidad de facilitar la comparación entre productos obliga a llegar a magnitudes agregadas compuestas por elementos de distinta naturaleza y que cubren necesidades diferentes del inversor (por ejemplo, la prima por

cobertura de un riesgo biométrico frente a coste por desinversión de un producto con perspectivas de depreciación en el mercado).

La propuesta que se contienen en las normas técnicas de regulación diferencia entre costes propios de los fondos de inversión, costes de otros PRIIPs diferentes de los fondos de inversión y costes de inversión de productos de inversión basados en seguros.

Una vez que define y diferencia los distintos tipos de costes se ocupa de establecer el método para obtener el indicador resumido de costes.

Como criterio para mostrar los costes totales del producto, se propone como sistema el denominado Reduction In Yield (RIY), mediante el cual se muestra la diferencia entre los rendimientos brutos y netos

A efectos de este trabajo, nos detendremos en los costes que se consideran como propios de los productos de inversión basados en seguros:

- Costes únicos. (one off).- Se pagan sólo por algún motivo puntual, como puede ser tanto los que hay que hacer frente en el momento de la contratación o de la terminación o rescate. Se consideran como costes del producto si son costes necesarios y propios de la operación o implican una remuneración al proveedor del citado producto. Se incluyen los costes de la cobertura biométrica, es decir, la prima devengada por tal cobertura;
- Costes periódicos de carácter fijo (recurring).- Incluye todo lo que debe pagar o se le deduce al inversor, independientemente de lo que en su caso percibiera en el marco de un mecanismo de participación en beneficios (mantenimiento, administración, comisiones de venta o compra,...).

3.10.3.4. Información sobre el coste de cobertura del riesgo biométrico en los productos de inversión basados en seguros

El tema ha suscitado polémica en el período de tramitación de las normas técnicas de ejecución y lo seguirá suscitando en otras fases del proceso de recepción de la normativa PRIIPs. La base de ello está en la especial naturaleza de la cobertura del riesgo biométrico. La normativa PRIIPs se orienta hacia el inversor minorista, es decir, un cliente que tiene como principal ratio económica la inversión de su dinero. La causa de su relación negocial se basa en los elementos propios de una finalidad inversora: rendimiento, riesgo y plazo. Estos tres elementos configuran su capacidad de elección, y de comparación, entre los diferentes productos que se le ofrecen en el mercado minorista. En el caso de los productos de inversión basados en seguros existe en todos ellos una cobertura sobre riesgos propiamente aseguradores, que giran sobre la vida del asegurado-inversor. Es cierto que la importancia de esa cobertura de riesgo biométrico va a variar según el tipo de producto de que se trate, pero la consecuencia es que no sólo la finalidad inversora está en la voluntad manifestada por el cliente de un producto de este tipo. Frente a una

opción regulatoria en la que los costes derivados por estas coberturas se considerasen fuera de los costes del producto PRIIP, el Reglamento opta por incluirlos todos en el indicador de coste y en la información que se facilita al cliente sobre el mismo. De este modo en este tipo de productos se incluirían costes no directamente relacionados con el componente inversor del mismo. La solución normativa para favorecer la comparabilidad pasa por explicaciones adicionales que deben facilitarse al inversor para que sea consciente de esta cobertura biométrica que le ofrecen los productos de inversión basados en seguros, dado que el Reglamento es lo suficientemente claro en cuanto a la necesidad de incluirlo en los costes totales del producto. Ello explica que como consecuencia del rechazo por el Parlamento Europeo del borrador de normas técnicas de ejecución el 1 de septiembre de 2016, la Comisión Europea haya propuesto para un futuro nuevo borrador la posibilidad de que la información sobre los costes de cobertura del riesgo biométrico se incluya en la sección sobre “Qué es el producto” para que no sea sólo el indicador resumido de costes el que informe al cliente sobre la incidencia de tal cobertura aseguradora en el coste global del producto. De esa forma, se integra en la parte explicativa del KID, como preparación para entender el apartado específico de los costes totales. Con ellos se permite mejorar la formación de la voluntad del inversor de cara a conocer el funcionamiento económico del producto.

3.10.4. Existencia de sistemas o regímenes de garantía

La sección “*Qué pasa si [el productor] no puede pagar*” es otra de las que obligatoriamente debe figurar en el KID. Siguiendo el articulado del Reglamento se trata de realizar una breve descripción acerca de si la pérdida sufrida por el inversor está cubierta por un sistema de garantía o compensación, describiendo el funcionamiento de tal sistema o mecanismo. Dado el ámbito de los productos PRIIPs, que comprende normativas diferentes en materia de garantías a los clientes, será la naturaleza del producto desde una perspectiva sectorial (banca, instrumentos financieros o seguros) la que define el régimen de compensación de pérdidas existente. En el caso de los instrumentos financieros, la Ley del Mercado de Valores, crea el Fondo de Garantía de Inversiones, desarrollado por normativa posterior de segundo nivel (principalmente el Real Decreto 1642/2008), por el que se cubre, a través del FOGAIN (Fondo de Garantía de Inversiones) las deudas de los inversores en caso de concurso de la empresa de servicios de inversión hasta un importe máximo de 100.000 euros. Por su parte, en caso de depósitos, será el Fondo de Garantía de Depósitos el que cubrirá hasta el citado importe los créditos del inversor frente a la entidad de crédito en situación de insolvencia.

Cuestión aparte es el régimen aplicable a los productos de inversión basados en seguros, en los que la entidad que asume el papel de productor es una entidad aseguradora sometida al régimen jurídico establecido por la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación,

supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras²¹³. Y ello porque, a diferencia de los casos anteriores, no se contempla en la misma un régimen de garantía para el caso de insolvencia de tales entidades, productoras, en su caso, de productos de inversión basados en seguros. Los artículos 183 y siguientes establecen un sistema de liquidación específico, que se encomienda al Consorcio de Compensación de Seguros, realizado en interés de los acreedores por contratos de seguro, en el que se tendrán en consideración los derechos de éstos como titulares de créditos preferentes, pero que no contempla un importe garantizado. Así, el artículo 184.3 es claro cuando dice que el Consorcio de Compensación de Seguros en ningún caso “...serán considerados deudores ni responsables de las obligaciones y responsabilidades que incumban a la entidad cuya liquidación se le encomienda, o a sus administradores”. Por tanto, no hay una subrogación de las deudas de las entidades insolventes por parte del Consorcio ni tampoco se prevé una cantidad alzada como garantía frente a las reclamaciones de los tomadores de productos de inversión basados en seguros.

3.10.5. Otras secciones del KID

Merecen destacarse las siguientes:

- La recomendación sobre el período aconsejado para mantenimiento de la inversión y derechos en caso de desinversión anticipada. Es de reseñar la importancia que presenta este punto de cara a los cálculos sobre rentabilidad prevista y las dificultades que pueden tener los productos a largo plazo, principalmente los productos de inversión basados en seguros a la hora de compararse en este apartado con productos con una finalidad más especulativa a corto plazo, dado que los diferentes motivos del inversor hacen que ciertas secciones del documento presenten informaciones totalmente contrarias, Por ello cobra gran importancia la parte narrativa del KID acerca de la correcta definición de lo que el producto es y el mercado objetivo al que se dirige.
- La forma de reclamar. De interés creciente será la regulación de sistemas de reclamación y resolución de conflictos en caso de productos vendidos de forma transfronteriza.

3.11. El KID en el marco de la negociación precontractual

Lo elabora el productor, término que equivale al de diseñador en la Directiva IDD, antes de su comercialización, y lo pondrá a disposición del público en su página web. Será el productor, en la línea de lo establecido en la Directiva IDD, quien pueda modificar elementos esenciales del producto, como el perfil de riesgo y rentabilidad o la estructura de costes;

²¹³ BOE núm. 168, de 15/07/2015.

Con arreglo a lo establecido en el Reglamento, se pueden establecer una serie de notas o principios para situar el KID en el proceso precontractual:

1.- Principio de materialidad. - Con ello nos referimos a la necesidad de que el documento recoja sólo los datos fundamentales. Se trata de recoger lo que la Jurisprudencia ha identificado como el funcionamiento económico del contrato, el núcleo que va a permitir al cliente tomar una u otra decisión de adquisición del producto financiero de que se trate. Es la manifestación de la intención diferenciadora del documento, lo cual define y restringe su contenido.

2.- Principio de no exhaustividad. Con ello nos referimos a que su intención no es adelantar el contrato y sus condiciones, dado su intención limitada. A efectos de legislación española sobre contrato de seguro no se podría considerar como una oferta de contrato, pero sí integraría la documentación que exigiría tal oferta.

3.- Principio de coherencia. El Reglamento (artículos 6.1 y 9) obliga a que no haya contradicciones entre el contenido del documento y lo que denomina “información comercial”, de la cual se considera independiente. Se trata, pues, de separar el lenguaje propiamente comercial del que se establece como estándar en el documento KID. Asimismo, se obliga a la coherencia con cualquier documento contractual de carácter vinculante. Esto nos lleva a distinguir tres tipos de fuentes generadoras de la voluntad del cliente: la información comercial, el documento KID y la información contractual que debe entenderse implica una oferta concreta con arreglo a las necesidades del cliente y a los rasgos de idoneidad que presenta (para el caso de asesoramiento).

4.- Principio de incorporación. La información contenida en el KID debe respetar los principios que son comunes a cualquier medio de comunicación con el cliente o consumidor por parte del empresario, es decir, será precisa, clara, imparcial y no engañoso (artículo 6.1).

5.- Principio de oportunidad.- Con ello nos referimos a la obligación del productor o del mediador de facilitar el documento con suficiente tiempo antes de que el inversor tenga que decidir sobre la adquisición del producto (artículo 13.1 del Reglamento), en línea con los requisitos generales que debe reunir la información precontractual que figura en otras normas de Derecho Comunitario (por ejemplo el artículo 14.1 de la Directiva 2014/17/UE sobre créditos hipotecarios). Asimismo, el Reglamento contempla excepciones a la necesidad de información previa pero siempre sobre la base de condiciones excepcionales²¹⁴.

²¹⁴ “13.2 Toda persona que asesore sobre un producto empaquetado o basado en seguros o que lo venda podrá cumplir los requisitos del apartado 1 proporcionando el documento de datos fundamentales a una persona autorizada por escrito para tomar decisiones de inversión en nombre del inversor minorista respecto de operaciones realizadas en virtud de dicha autorización escrita”

6.- Principio de gratuidad. Lo establece el artículo 14 del Reglamento, mediante el cual no se puede cargar ningún coste al cliente por facilitar el documento KID. El Reglamento se encarga de subrayar que el asesor no puede percibir ninguna retribución por facilitarlo, con el fin de evidenciar que el KID no entra a formar parte de ninguna acción de asesoramiento, dado que se trata de un documento genérico, en todo caso base para un posible juicio sobre la conveniencia o adecuación del producto al perfil del cliente.

7.- Principio de actualización. - El Reglamento obliga a ello, con un mandato para concretar en normas técnicas de ejecución los supuestos o circunstancias que obligan al productor a realizar una actualización o revisión del documento. El borrador sobre estas medidas de Nivel 2 prevé una revisión obligatoria cada doce meses y cuando haya cambios en los riesgos que afectan al producto o a los factores básicos que permiten definir los escenarios de rendimiento en los que se ha basado el KID.

3.12. Responsabilidad por un KID defectuoso

El Reglamento se ocupa en establecer los términos en los que el productor del KID responderá. Resulta necesario enmarcar esta responsabilidad en la medida en que el KID contiene una serie de datos que podrían comprometer al productor, dado que un gran número de ellos se basan en estimaciones o, en general, en “juicio experto”. Por ello la responsabilidad no se basa en inexactitudes o en la falta de cumplimiento de las hipótesis sobre escenarios de rentabilidad, por poner un ejemplo. El respeto por el productor de las metodologías que se harán norma cuando se aprueben por el legislador comunitario los instrumentos jurídicos que desarrolleen las normas técnicas de ejecución previstas, se considerará como eximiente de la responsabilidad que pudiera surgir por el incumplimiento de los datos contenidos en el KID. Por ello el Reglamento delimita la responsabilidad cuando el documento sea *“engañoso, impreciso o incoherente con las partes pertinentes de la documentación contractual o precontractual jurídicamente vinculante”* (artículo 11 del Reglamento). Junto a ese requisito, por el cual se incumplen los principios ya enumerados anteriormente, se exige que el inversor haya sufrido una pérdida derivada del contenido del documento engañoso, impreciso o incoherente. Se trata de una responsabilidad por daños y perjuicios, que será delimitada conforme al ordenamiento de los Estados Miembros, sin que se excluya cualquier otra responsabilidad que pudiera surgir de la aplicación de las normas nacionales de los Estados Miembros. Junto a estos elementos de carácter objetivo, se afirma que esta responsabilidad nacida del Reglamento se limita al contratante y no al beneficiario. Queda por interpretar el término beneficiario en este contexto y enfrentarlo a la regulación que la Ley de Contrato de Seguro española hace de los derechos de este elemento personal del contrato de seguro, si bien, como ya advierte el propio Reglamento, no se impide cualquier otra responsabilidad que nazca del derecho nacional.

Visto esta delimitación de la responsabilidad por el Reglamento, queda abiertas cuestiones que no se refieran propiamente a la misma, sino a la valoración que pudiera surgir de la influencia de un documento defectuoso sobre la declaración de voluntad emitida por el contratante. Yendo más adelante, cabría preguntarse si un producto, por sus rasgos especiales no es suficientemente bien reflejado en el KID aun cumpliendo los requisitos establecidos para el mismo por la normativa. Si el resultado es un error en el consentimiento del cliente no puede excluirse que se declarara la nulidad del contrato en sede judicial, a pesar de reunir el KID los requisitos legales vigentes.

3.13. Posibilidad de autorización previa del KID

La importancia del KID como instrumento que permite al cliente confiar en el producto (el artículo 11 menciona esta confianza como posición del inversor ante el documento), explica cómo el Reglamento prevé la posibilidad de que los Estados Miembros que lo decidan puedan exigir al productor, con carácter previo a su comercialización, que lo notifique a la autoridad competente con relación a esos productos. Al hablar de “Estado miembro” parece el Reglamento contemplar una medida legislativa nacional más que de una decisión discrecional del supervisor o autoridad competente en función del supuesto concreto. Lo que sí se detecta en estudios realizados es que la posición del inversor ante este tipo de documentos es de suponer la existencia de algún tipo de autorización, expresa o tácita, procedente de la autoridad competente, lo que permite subrayar la importancia de la labor supervisora en este ámbito.

Para terminar, debe remarcarse que existe un régimen sancionador en el Reglamento, independiente de esta responsabilidad por daños, en caso de infracción de las obligaciones que dicho texto normativo impone.

4. RÉGIMEN ESPECIAL DE LA DIRECTIVA DE DISTRIBUCIÓN DE SEGUROS PARA LA COMERCIALIZACIÓN DE PRODUCTOS DE INVERSIÓN BASADOS EN SEGUROS (“IBIPs”)

4.1. Actuación del intermediario en caso de comercialización de IBIPs

Como el mismo Capítulo VI de la Directiva establece, se trata de imponer “requisitos adicionales” a los previstos en la Directiva para la distribución de este tipo de productos.

Al regular de forma específica este tipo de productos, el legislador europeo desarrolla su enfoque de considerarlos como productos de inversión, teniendo como inspiración el régimen derivado de las denominadas “Directivas MIFID” (Directiva 2004/39/UE y Directiva 2014/65/UE; esta última aún en proceso de trasposición). Junto a ello, debe considerarse el Reglamento PRIIPs, que regula el documento informativo a facilitar en la distribución de los IBIPs.

Por ello, la Directiva no hace sino reproducir la modificación que la Directiva “MIFID 2” hizo de la Directiva sobre Mediación de seguros (Directiva 2002/92/CE), a través de su artículo 91, mediante el cual introduce el concepto de productos IBIPs y les somete, entre otros a un régimen de gestión de los conflictos de intereses. La igualdad de condiciones (“level playing field”) exigible para los mercados financieros exigía que estos productos de seguros, dado su fuerte componente inversor, imponía la misma regulación para instrumentos con semejante naturaleza.

Podemos resumir este régimen por los siguientes cuatro puntos:

- Un enfoque de los conflictos de intereses más amplio, que incluye la obligación de adoptar medidas organizativas específicas por parte de los distribuidores;
- Una regulación de la información muy detallada y casuística, diferenciando los supuestos de actuación con o sin asesoramiento;
- Una nueva exigencia para el distribuidor, como es la evaluación de la idoneidad y adecuación de los clientes a los productos que se distribuyan;
- Un gran número de normas de desarrollo que cubren los niveles 2 (Actos delegados de la Comisión) y 3 (Directrices de EIOPA), en aras de garantizar una aplicación uniforme tanto a nivel regulatorio, dado que los actos delegados suelen adoptar la forma de Reglamentos de la Comisión Europea, como a nivel supervisor mediante las Directrices del supervisor europeo.

Exención de informar.- La Directiva da potestad a los Estados Miembros para que en el proceso de incorporación de la misma a sus ordenamientos jurídicos, sus legislaciones nacionales eliminen la obligación de facilitar esta información adicional, así como la evaluación de la idoneidad y adecuación a los clientes profesionales, conforme a los previsto en la Directiva MIFID 2²¹⁵. El régimen para determinar qué categorías integran los clientes profesionales diferencia entre los clientes profesionales natos (entidades reguladas del sector financiero, grandes empresas, inversores institucionales, gobiernos y ciertos organismos públicos...) y clientes profesionales que solicitan les sea reconocida esa categoría, para lo cual se valorará conocimiento y experiencia caso a caso. De nuevo se trata de aplicar el mismo régimen legal a todos los instrumentos financieros semejantes.

Tratamiento de los conflictos de intereses.- Sobre la base del principio de proporcionalidad con relación a las características del producto, distribuidor o actividades, se obliga al intermediario de seguros o a la empresa a instaurar unos

²¹⁵ El artículo 22.1 de la Directiva IDD contempla esta posibilidad, de forma que no se realice análisis de idoneidad y adecuación, y no se proporcione menor información que la prevista en el artículo 29 a los clientes profesionales, con arreglo a la definición de los mismos establecida por la Directiva 2014/65/UE (MIFID 2) y su Anexo II.

procedimientos organizativos a fin de gestionar estos conflictos, impidiendo que puedan perjudicar a los clientes.

Se obliga al distribuidor a desarrollar una política activa en la detección de esos conflictos de intereses, incluyendo en el ámbito a investigar a todas las personas que operen en la empresa desde sus niveles directivos, trabajadores o entidades y personas relacionadas por vínculo de control de forma directa o indirecta.

Se obliga a desvelar al cliente los conflictos de intereses que se hayan podido detectar y que el distribuidor no crea dispone de las herramientas necesarias para evitar que puedan dañar los intereses del cliente. En este caso se prevé facilitar la información mediante soporte duradero, con la debida antelación y con la finalidad de que el cliente pueda “*tomar una decisión fundada...*” con respecto a los conflictos de intereses detectados. En qué medida una falta de diligencia del distribuidor con respecto a estos deberes de detección, gestión y comunicación pueda afectar la decisión del cliente, generando un error en el consentimiento supone una puerta abierta a controversias judiciales de incierta solución. Y ello porque la propia Directiva asigna a esta información un papel clave en la formación de la voluntad de contratar.

4.2. Legislación de desarrollo

Como ha quedado de manifiesto, la Directiva se limita a enunciar principios sobre gestión de los conflictos de intereses que requieren de un desarrollo normativo en busca de la máxima armonización posible en el mercado único. Por ello se encarga a la Comisión dar a los distribuidores un mínimo de seguridad jurídica para evitar un exceso de litigiosidad en la aplicación de tales principios. Procede, pues, dar pautas a los distribuidores para que se delimita el nivel de diligencia que se consideraría razonable en orden a cumplir sus obligaciones. Y serán los actos delegados de la Comisión los que lo desarrollen. Así, la Directiva deja clara su intención cuando establece estos dos aspectos en los que la normativa de segundo nivel deberá desarrollar:

- Medidas “razonables” que los distribuidores deberán poner en marcha para la gestión de los posibles conflictos de intereses. Se trata de precisar el deber de diligencia que se espera de ellos;
- Criterios para detectar los conflictos de intereses que pudieran perjudicar a los clientes.

En suma, se trata de concretar cómo llevar a cabo una función de cumplimiento en este ámbito.

Para desarrollar esta materia, y con base en el mandato de la ya citada “MIFID 2” en la modificación que hizo de la Directiva de Mediación de seguros, ya mencionada, EIOPA publicó el 1 de octubre de 2014 un documento de consulta con vistas a suministrar una asesoría técnica a la Comisión para la redacción de los actos delegados sobre este tema,

una vez consideradas las sugerencias de los interesados evacuadas en el período de consulta. La aprobación de la nueva Directiva de distribución, con el mismo mandato supuso la reproducción de este proceso de consulta con fecha 1 de julio de 2016, en el que, junto a otros temas que se ven más adelante, se somete el desarrollo de los conflictos de intereses para la futura adopción por la Comisión de los correspondientes actos delegados. En el documento de consulta se plantean los enfoques a seguir tanto en la identificación de posibles conflictos de intereses como en la política de conflictos de intereses a seguir por los distribuidores de IBIPs.

4.3. Información a suministrar a los clientes

En un principio la obligación de informar se extiende a todo cliente potencial, si bien con la posibilidad de que las legislaciones nacionales excluyan de la misma a los clientes profesionales. El Considerando (33) hace mención a los clientes minoristas como destinatarios de las normas sobre información e idoneidad, si bien el articulado hace referencia a los clientes en general, haciendo abstracción del poder que se da a los Estados Miembros en la transposición.

En materia de información, los IBIPs deben cumplimentar lo previsto en el Reglamento PRIIPs, el cual regula con detalle el contenido del documento de datos fundamentales. La Directiva se centrará en exigir información adicional, en lo que no esté ya cubierto por el citado documento, con respecto a los costes de distribución con la finalidad de que el cliente pueda entender cómo influyen esos costes agregados en la rentabilidad de la inversión (Considerando 42).

La regulación que se ofrece sobre la información no presenta una sistemática clara, ya que mezcla situaciones diversas. Así, en el 29.1 a) se habla de información en caso de asesoramiento, pero no se aclara si el resto de la información de dicho punto se debe facilitar en todo caso o sólo con asesoramiento.

Por otro lado, no queda clara la relación de la información adicional ofrecida con la prevista en el Reglamento PRIIPs. Si bien, con arreglo al Considerando de la Directiva, la información adicional sólo se centra en los costes de distribución y su efecto en los costes globales, el propio artículo 29.1 b) parece obligar a informar sobre las estrategias de inversión propuestas, con advertencias sobre los riesgos derivados de esas estrategias. En principio, estos elementos deberían estar en el capítulo del documento KID referido a escenarios de rentabilidad. Igualmente se refiere a la forma de presentar los costes y gastos totales, previendo incluso que los Estados Miembros permitan que tal información se presente en formato normalizado. Sin embargo, el KID es, conforme la normativa de desarrollo del Reglamento PRIIPs, el formato normalizado para, también, los costes y gastos totales del producto. No puede aceptarse, pues, que para la misma información exista un formato normalizado comunitario y otro nacional. Quizá sea necesaria una interpretación correctora de la Directiva y deducir que se está refiriendo a una mayor

información en materia de costes de distribución del producto y no a los costes totales, ya cubiertos por el KID.

En todo caso se repite la obligación de que la información sea comprensible y que debe permitir que el cliente adopte decisiones con conocimiento de causa, abriendo la posibilidad de que una información deficiente o incomprensible pueda considerarse que reduce la capacidad de emitir un consentimiento no viciado.

La Directiva dedica un apartado a establecer unas reglas por las que, con relación a las remuneraciones surgidas de la operación, podría considerarse que las mismas cumplen los principios generales de honestidad y de correcta gestión de los conflictos de intereses. Los criterios que ofrece son bastante ambiguos tautológicos, como se verá. Según la Directiva no se quebrantará los principios citados si la remuneración “*...no perjudique la calidad del correspondiente servicio al cliente, y no perjudique el cumplimiento de la obligación del intermediario de seguros o la empresa de seguros de actuar con honestidad, imparcialidad y profesionalidad, en el mejor interés de sus clientes*”. Es decir, no perjudica la obligación de actuar lealmente si no perjudica la obligación de actuar lealmente. Por ello se prevé la necesidad de legislación de Nivel 2 que desarrolle estos vagos principios. Esto abre la vía para justificaciones de contenido estándar emitidas por los distribuidores, las cuales deben presentarse tanto en supuesto de venta con asesoramiento o sin asesoramiento, al no realizar la Directiva la distinción entre los dos supuestos. Si se acude al Considerando (57) de la Directiva, este obliga a los distribuidores de este tipo de productos a mantener una política específica sobre remuneraciones de forma que se eviten perjuicios a sus clientes. Las explicaciones exigidas serían el resultado de esa política específica.

4.4. Poderes de los Estados Miembros en el proceso de transposición

Consciente la Directiva de los distintos modelos de distribución que existen en la Unión Europea y los correspondientes sistemas de retribución que implican, da en el artículo 29.3 poderes para que los Estados Miembros establezcan normas más rígidas en esta materia, concretando en qué aspectos pueden ser más estrictos:

- Limitar o prohibir la oferta o aceptación de honorarios no monetarios recibidos de terceros relacionados con la labor de asesoramiento;
- Obligar a devolver dichos honorarios a los clientes o reducir los que ya deben pagar;
- Obligar a que para todo producto dentro de la categoría IBIPs, o para algunos en concreto, se debe realizar asesoramiento;
- Obligar a que, en caso de asesoramiento ofrecido de forma independiente por el distribuidor, éste deba ofrecer al cliente un volumen suficientemente elevado y variado de productos, incluyendo los de proveedores con los que no tiene vínculos estrechos.

4.5. Legislación comunitaria de desarrollo

La Comisión deberá dictar actos delegados con la finalidad de determinar los criterios que han de tenerse en cuenta para concretar cuando una retribución no supone una infracción de las obligaciones con respecto a la gestión de los conflictos de intereses y no quebranta los principios de lealtad con respecto al cliente. A tal fin, la autoridad EIOPA cumplió su labor de asesor de la Comisión e incluido este tema en la Consulta Pública de 4 de julio de 2016²¹⁶, de cara a que, con los comentarios recibidos, la Comisión pueda dictar la normativa de desarrollo prevista. Como telón de fondo, la Directiva es consciente que las retribuciones que se devengue estarán en función de la labor desplegada por el distribuidor y por el tipo de producto de que se trate, en otra manifestación del principio de proporcionalidad, presente en toda la Directiva.

4.6. Evaluación de la idoneidad y adecuación del producto para el cliente

Los Considerandos (10) y (56) marcan las líneas de cómo debe desarrollarse normativamente este análisis. La protección del consumidor de servicios financieros, tras las turbulencias de la crisis, la necesidad de conseguir una armonización mayor y evitar las especificidades nacionales, y la especial naturaleza de los productos de inversión basados en seguros (IBIPs) sirven de base para referirse a lo fijado en la Directiva 2014/65/UE (MIFID 2) al considerar estos productos como de inversión y someterlos a normas semejantes a los que comparten su naturaleza inversora, evitando posibles arbitrajes regulatorios.

Por lo dicho, estas disposiciones de la IDD no pueden entenderse sin tener en cuenta las normas que regulan la evaluación de la adecuación y conveniencia en la Directiva MIFID 2, en concreto los artículos 25 (2) y (3) y el reglamento de la Comisión de 25 de abril de 2016²¹⁷, en sus artículos 54 a 56.

El esquema que se sigue en la MIFID 2 distingue una serie de elementos:

- La prestación o no se asesoramiento por parte de la empresa de servicios de inversión;

²¹⁶ EIOPA, *Consultation Paper on Technical Advice on possible delegated acts concerning the Insurance Distribution Directive*, de 4 Julio de 2016, EIOPA-CP-16-006. Disponible en: https://eiopa.europa.eu/Publications/Consultations/EIOPA-CP-16-006_Consultation_Paper_on_IDD_delegated_acts.pdf

²¹⁷ REGLAMENTO DELEGADO (UE) 2017/565 de la Comisión, de 25 de abril de 2016, por el que se completa la Directiva 2014/65/UE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a los requisitos organizativos y las condiciones de funcionamiento de las empresas de servicios de inversión y términos definidos a efectos de dicha Directiva, Diario Oficial de la Unión Europea, de 13 de marzo de 2016, L 87/1. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32017R0565>

- La obtención de información por parte del inversor;
- La consideración de una serie de elementos clave para la evaluación: conocimiento y experiencia en el área de inversión de que se trate; capacidad para soportar pérdidas; objetivo de la inversión; tolerancia al riesgo;
- Emisión de una recomendación o de una advertencia, en su caso;
- Excepciones a la necesidad de una valoración por la empresa de servicios de inversión, basándose en la falta de complejidad de los instrumentos o servicios de inversión;
- Registro de las relaciones de la empresa de servicios de inversión con los clientes, así como de las recomendaciones o advertencias emitidas; y
- Necesidad de normas de desarrollo de Nivel 2, emitidas por la Comisión, y de directrices de Nivel 3 emitidas por la Autoridad Europea de Supervisión de Valores (ESMA, por sus siglas en inglés).

Esquema en la IDD..- El artículo 30 establece el régimen aplicable para la valoración de la idoneidad y adecuación de los clientes en el caso de los IBIPs, previendo un desarrollo normativo que abarcaría:

1. Actos delegados de la Comisión, desarrollando los artículos en lo referente a la información a obtener, la evaluación de los productos no complejos y los registros, acuerdos e informes existentes en la relación con los clientes;
2. Directrices de EIOPA, de actualización periódica, con vistas a la evaluación de los productos IBIPS complejos y no complejos.

4.6.1. Elementos que integran el régimen de la valoración de la idoneidad y conveniencia

4.6.1.1. La existencia o no de asesoramiento

Noción de asesoramiento..- Siendo este un elemento clave para la realización de esta actividad evaluatoria, debe recordarse que, según lo previsto en la Directiva IDD (artículo 2.1.15) el asesoramiento consiste en “*la recomendación personal hecha a un cliente, a petición de éste o a iniciativa del distribuidor de seguros, respecto de uno o más contratos de seguro*”.

1. Existencia de asesoramiento.- La IDD sigue se apunta a los criterios marcados por la MIFID2, en el sentido de valorar por el distribuidor estos elementos:
 - Conocimientos y experiencia en el ámbito de la inversión propio del tipo de producto o servicio de que se trate. El “lenguaje MIFID 2”, por el cual habla de “servicios” o de “ámbito de inversión” parece no encajar con la realidad del seguro en el caso de los IBIPs, dado que sólo habrá que considerar si el cliente potencial ha contratado previamente un producto del mismo tipo que

los que integran el “catálogo” de los IBIPs, los cuales gozan de una homogeneidad a los que el concepto “ámbito” les resulta algo ajeno;

- Situación financiera y capacidad de soportar pérdidas del cliente;
- Objetivos de inversión y tolerancia al riesgo.

El resultado debe ser una recomendación personalizada sobre los productos que son idóneos en función de los elementos anteriores. Es de reseñar, que en el caso de asesoramiento, el distribuidor asume la obligación de realizar una evaluación periódica de la idoneidad de ese producto (artículo 29 1a).

En el caso de venta de un paquete de productos o servicios combinados (regulado en el artículo 24 –“Ventas cruzadas”-) la evaluación de la idoneidad debe ser global sobre todo el producto combinado.

2. Ventas sin asesoramiento: advertencias al cliente. En este tipo de ventas el distribuidor deberá advertir al cliente sobre la posible venta en dos casos:
 - Por falta de adecuación del producto al cliente con arreglo a sus conocimientos y experiencia, en cuyo caso le comunicará que ese producto no es adecuado para él; y
 - Por defectuosa o inexistente información suministrada por el cliente, en cuyo caso el contenido de la advertencia es neutro: no lo considera ni adecuado ni inadecuado, simplemente carece de elementos de juicio.
3. Excepciones en caso de falta de asesoramiento (artículo 30.3). La IDD prevé la posibilidad de que el distribuidor no deba recabar la información sobre los conocimientos y experiencia del cliente, por lo que no está obligado a realizar ningún tipo de advertencia en su caso, cuando concurren una serie de condiciones que permiten deducir que no es necesario que se cumplan las obligaciones impuestas al distribuidor. Estas condiciones cubren cuestiones subjetivas, objetivas y de información:
 - Desde el punto de vista objetivo, debe tratarse de productos no complejos, que, con carácter general, serán aquellos que ofrecen exposiciones a instrumentos financieros no complejos, conforme establece la Directiva MIFID 2²¹⁸. En este caso la IDD parece pensar en productos unit linked que

²¹⁸ *Vid. Artículo 25.3 Directiva 2014/65/UE (MIFID 2) sobre la Evaluación de idoneidad y conveniencia e información a los clientes establece: “Los Estados miembros se asegurarán de que las empresas de servicios de inversión, cuando presten servicios de inversión distintos de los contemplados en el apartado 2, pidan al cliente o posible cliente que facilite información sobre sus conocimientos y experiencia en el ámbito de inversión correspondiente al tipo concreto de producto o servicio ofrecido o solicitado, de modo que la empresa de servicios de inversión pueda evaluar si el servicio o producto de inversión previsto es conveniente para el cliente. Cuando lo que se prevea sea un paquete de servicios y*

exponen al cliente a la variación del valor de este tipo de exposiciones. Asimismo, se incluye una cláusula abierta al mencionar a “*otras inversiones no complejas basadas en seguros...*”, lo que obliga a desarrollar una normativa de Nivel 3 por parte de EIOPA, como el propio precepto regulador prevé.

- Desde el punto de vista subjetivo, nos referimos a requisitos exigidos las dos partes: el cliente actúa por propia iniciativa en su deseo de contratar; y el distribuidor cumple todas las prescripciones que se refieren a la gestión y ausencia de conflictos de intereses.
- Desde el punto de vista del suministro de información, el cliente debe estar informado de que el distribuidor no debe valorar la idoneidad del producto ni está obligado a advertirle en el sentido que la norma prevé, lo cual implica no estar protegido por las normas de conducta.

Sí es reseñable que este sistema de excepcionalidad es un poder que la Directiva da a los Estados Miembros para aplicar o no en la normativa nacional de trasposición. Ahora bien, si ejercieran esta prerrogativa, les serían aplicables las normas de Nivel 3 que EIOPA decidiera, no pudiéndose apartar del régimen de la Directiva establecido sobre estas operaciones exceptuadas.

4. Vigencia de las “exigencias y necesidades”. Como ya hemos visto, el artículo 20 establece como requisito general en las ventas sin asesoramiento la obligación del distribuidor de facilitar información al cliente sobre el producto con arreglo a las exigencias y necesidades del mismo. No parece que el régimen de excepcionalidad citado excluya esta obligación, dado que la propia IDD habla en su Capítulo VI de “*Requisitos adicionales en relación con los productos de inversión basados en seguros*”. Por tanto, algún tipo de información debería facilitar el cliente para que el distribuidor le informara. No obstante, surgen dudas de cómo interpretar la mención de la IDD cuando obliga a advertir al cliente que en el caso previsto en el artículo 30.3 el cliente no goza de protección de las “normas de conducta pertinentes”. Habría que preguntarse si la protección del artículo 20 es diferente de la del artículo 30 1 y 2.

4.6.1.2. Las obligaciones de registro y documentación

Vinculado con el carácter protector de las normas sobre adecuación e idoneidad de cara al posible ejercicio de los derechos que las normas de conducta establecen en favor del cliente, la IDD se ocupa de fijar claras obligaciones de registro y documentación de las relaciones que ha habido entre el cliente y el distribuidor en el proceso de

productos combinados de conformidad con el artículo 24, apartado 11, la evaluación deberá examinar si el paquete considerado de forma global es conveniente”.

comercialización de un IBIP. Podemos distinguir dos tipos de documentos por su contenido:

- Aquel por el que se establecen los pactos que rigen las relaciones entre el cliente y el distribuidor. Ha de entenderse que se tratará de un contrato de intermediación cuyo contenido variará según el tipo de relación que se establezca, que abarque una horquilla más o menos amplia de productos, por su duración u obligaciones de rendir cuentas. Un registro de este tipo de acuerdos se fija como obligación del distribuidor;
- Informes derivados de la actuación del distribuidor. También variarán en función de la complejidad de los productos, y se referirán a los costes de la actuación del distribuidor. Se obliga a que se facilite en un soporte duradero. En general vemos cómo estos documentos se basan en lo que sería una relación jurídica de gestión de inversiones propia de los mercados de instrumentos financieros. El legislador comunitario utiliza esa referencia para configurar la relación cliente-distribuidor en el marco de este tipo de productos.
- Declaraciones sobre la idoneidad del cliente con respecto al producto. Es el principal documento cuando existe asesoramiento, exigiéndose que se facilite antes de la adquisición del producto y que sea motivado por el distribuidor. Se aplicarán las normas generales en lo relativo a su documentación. Las evaluaciones periódicas de idoneidad deberán razonar cómo los productos siguen o no adecuándose al perfil del cliente. Esta evaluación periódica es obligatoria si existe asesoramiento, como ya hemos dicho (artículo 29.1 a).
- La IDD se ocupa en regular este tipo de comunicaciones en el caso de que la relación contractual se realizara a distancia, a efectos de garantizar la recepción y conservación de los documentos y garantizar la correcta decisión del cliente, al contemplar demoras en la operación por falta de disponibilidad de la información.

Normativa de desarrollo.-

Ya se ha indicado cómo la Directiva prevé la necesidad de que la Comisión Europea apruebe actos delegados en determinadas materias que afectan a la evaluación de idoneidad y adecuación. Debe considerarse que la Comisión Europea ha publicado con fecha 25 de abril de 2016 un borrador de actos delegados en desarrollo de la Directiva MIFID 2, que se ocupa, entre otros temas, de regular la materia de adecuación e idoneidad de los clientes (artículos 54 a 58), centrándose principalmente en el contenido de los informes emitidos por las empresas de servicios de inversión, acuerdos entre ellas y el cliente, registros y características de los instrumentos no complejos. Tales normas se consideran como fuente de inspiración de las que desarrollan la Directiva IDD en estos temas.

En el desarrollo de las competencias que le son propias, EIOPA publicó el 4 de julio de 2016 un documento de consulta con vistas a recabar los comentarios de los interesados sobre los puntos respecto de los cuales la Comisión Europea le había pedido asesoría de cara a dictar los actos delegados previstos. Una vez recibidos los comentarios, la Junta de Supervisores de EIOPA aprobó en diciembre de 2016 el documento o Informe Final que se enviaría a la Comisión Europea para que ésta dictara los actos delegados previstos en la Directiva²¹⁹. En materia de evaluación de la idoneidad y de la conveniencia, se exponen a continuación algunos puntos que EIOPA destaca desarrollar en la normativa de Nivel 2 por la Comisión Europea.

Actuación del distribuidor.- Como ya se ha reseñado en muchas partes de este estudio, se exige un nivel de diligencia por parte del distribuidor que excede lo que sería el cumplimiento de una serie de formalidades. En todo momento se remarca que interesa el resultado, ante todo, y que ello impone al distribuidor la capacidad de una autoevaluación constante acerca de si lo que hace en cada momento para cumplir con sus obligaciones satisfacen los objetivos de la norma.

Emisión de una recomendación.- Se trata de una recomendación personal, por lo que obliga al distribuidor a conocer y comprender los hechos básicos sobre el cliente. La concreción de este deber supone:

- Consistencia con la información procedente del estudio de las exigencias y necesidades del cliente. El informe de EIOPA no se pronuncia sobre la sustitución de este estudio, pero sí entiende que mucha información estará incluida en este paso previos a la hora de emitir un juicio sobre la idoneidad;
- Cumplir con los objetivos del cliente y con su tolerancia al riesgo;
- Responder a su situación financiera y a su capacidad de soportar perdidas.

El proceso que realiza el distribuidor combina elementos objetivos (activos, deudas, fuentes de ingresos, perspectivas...), junto con otros de carácter subjetivo en una doble perspectiva:

- Porque debe valorar el nivel de conocimiento del cliente sobre el ámbito del mercado en el que se localiza el producto (más o menos especulativo, más a corto o a largo, con finalidad de previsión o de cobertura de una concreta necesidad...); y
- Porque debe adecuarse a las necesidades particulares del cliente,

²¹⁹ EIOPA, *Final Report on Consultation Paper núm.16/006 on Technical Advice on possible delegated acts concerning the Insurance Distribution Directive*, de 1 febrero de 2017, EIOPA 17/049. Disponible en: https://eiopa.europa.eu/Publications/Reports/EIOPA%20Final_Report_on_IDD_Technical%20Advice.pdf

De importancia es la obligación de informar al cliente del papel que el distribuidor desempeña, en el sentido de actuar en interés del potencial comprador. Ello supone un cauce para obtener del cliente la mejor y más completa información posible y asumir un rol responsable que permita justificar en su caso la falta de emisión de una recomendación personalizada.

Se ocupa el Informe de señalar que la responsabilidad del distribuidor no se diluye por el hecho de utilizar cualquier herramienta de asesoría automatizada²²⁰. La información sobre la situación financiera supone acceder a datos que en ocasiones puede entrañar una relación de confianza que el distribuidor debe asegurar que existe para emitir una recomendación. Le corresponde establecer algún tipo de prueba que permita detectar contradicciones o incoherencias acerca de los datos facilitados. El principio sería que el distribuidor debería depender de la información obtenida, pero que su papel no debe ser pasivo y formalista, sino adecuarse a las características del cliente.

Un punto para considerar es la obtención de la información sobre los conocimientos del cliente. La mera dependencia del nivel de estudios, que puede suponer una intromisión en la esfera personal, puede no ser suficiente, por lo que la flexibilidad del distribuidor en este aspecto debe ser amplia. El historial como inversor del cliente puede suplir las limitaciones e otras fuentes menos fiables.

Conviene emitir un juicio acerca de la importancia del historial del cliente como inversor como criterio predominante a la hora de la comercialización de productos de inversión basados en seguros.

Fiel a su dependencia de las Directivas sobre mercados e instrumentos financieros, la Directiva IDD y la normativa que la desarrollará tiene como elemento subjetivo el inversor, al cual se le puede atribuir en la mayoría de los casos una habitualidad en la realización de operaciones. En este sentido, la experiencia en el mercado o submercado del instrumento financiero de que se trate adquiere una gran relevancia. En el caso de los productos amparados bajo la etiqueta IBIPs no puede considerarse extraños que el cliente sea la primera que afronta un producto en este ámbito, dado que la finalidad de previsión, y más si esta es a largo plazo, abona la idea de una crónica falta de habitualidad. Por ello,

²²⁰ El Comité Conjunto de las Autoridades europeas de supervisión (*Joint Committee of ESAs*) publicó en 2016 un informe sobre el asesoramiento financiero de carácter automático: ESAs, *Report on automation in financial advice*, de 16 de diciembre de 2016. Disponible en: [https://esas-jointcommittee.europa.eu/Publications/Reports/EBA%20BS%202016%20422%20\(JC%20SC%20CPFI%20Final%20Report%20on%20automated%20advice%20tools\).pdf](https://esas-jointcommittee.europa.eu/Publications/Reports/EBA%20BS%202016%20422%20(JC%20SC%20CPFI%20Final%20Report%20on%20automated%20advice%20tools).pdf)

en la práctica habrá que adecuarse al perfil del cliente para desarrollar las tareas de evaluación de la idoneidad y de la conveniencia.

Otras propuestas de EIOPA a la Comisión. - A efectos de completar las previsiones que EIOPA cree deben ser desarrolladas en las futuras normas de Nivel 2, merece destacarse las siguientes:

- En caso de seguros de grupo, habrá de instrumentarse medios para obtener la información de cada individuo del colectivo;
- No emitir ningún tipo de recomendación si no se confía en los datos suministrados o si no se encuentran productos adecuados al perfil del cliente;
- Tener especial cuidado cuando se trata de asesorar sobre cambios en los activos subyacentes al producto o en el ejercicio de cualquier tipo de opción contractual o derecho de rescate, reducción o que implique una excepción al desarrollo normal del producto. En ese caso, el distribuidor debe justificar con cifras la conveniencia y el resultado beneficioso de la decisión, considerando los costes e ingresos.
- Por último, si no se puede emitir un juicio de idoneidad, la Directiva de distribución obliga a emitir una advertencia sobre conveniencia.

5. OTRAS NORMAS QUE REGULAN LA INFORMACIÓN SOBRE PRODUCTOS DE SEGUROS CON UN COMPONENTE DE INVERSIÓN

El debate sobre los productos PRIIPs y la aprobación de su Reglamento produjo una reacción de los ordenamientos nacionales para garantizar unos estándares de información en todos los productos que fueran semejantes, aunque se comercializaran en distintos mercados.

5.1. Orden ECC/2316/2015, de 4 de noviembre, relativa a las obligaciones de información y clasificación de productos financieros

De hecho, esta disposición obedecería a hacer frente al mandato contenido en el Considerando (8) del Reglamento PRIIPs, que prevé que los Estados Miembros regulen el suministro de datos fundamentales sobre los productos que quedan fuera de su ámbito de aplicación. La base legal que utiliza se encuentra en el mandato de protección del consumidor que se contienen los Reglamentos que rigen las autoridades europeas de supervisión financiera (“ESAs”)²²¹, en cuya virtud estas autoridades tiene el deber de supervisar todo tipo de productos, entre ellos los que se encuentran fuera del Reglamento y emitir directrices en su caso²²².

²²¹ Reglamentos (UE) 1093, 1094 y 1095/2010.

²²² Como ejemplo, artículo 9 del Reglamento 1094/2010 por el que se crea EIOPA.

De la lectura del preámbulo de la Orden resultan descritos los principales elementos que configuran los rasgos del derecho de transparencia en este ámbito.

En primer lugar, se hace mención a la nueva fase que se inaugura con este tipo de normas. Se reconoce que no basta con que se nutra de información al cliente y que ésta sea por escrito. La ausencia de formatos comunes y el exceso de la información suministrada no garantizan ni la plena comprensión ni la posibilidad de comparar. Reconoce, pues, la concepción PRIIPs fuente del proceso normativo que la Orden encara. Y ello porque gravita en todo el marco legal la idea de relevancia. Al igual que en los enfoques jurisprudenciales hemos visto, en los que la entrega de la información es sólo un momento del proceso de formación de la voluntad del contratante, lo relevante como razón para contratar aparece como el fundamento de estas reglas que se exponen en la Orden.

En segundo lugar, se considera la transversalidad como la base que informa estas normas. Imbuido del enfoque de los PRIIPs, se abandona la regulación por sectores para hacerla por productos, en aplicación del principio de sustancia sobre forma. Se habla de un grupo de productos con características a las que se les denomina como “productos financieros”.

En tercer lugar, se reconoce la prevalencia de la normativa sobre instrumentos financieros. De hecho, desde el punto de vista del procedimiento, esta Orden reacciona frente a un proyecto de Circular de la Comisión Nacional del Mercado de Valores sobre advertencias de complejidad y liquidez de los instrumentos financieros, a los cuales se les clasificaba en virtud de un indicador de riesgo. Con base en ese proyecto de Circular, se extiende el sistema de clasificación, además de a los instrumentos financieros previstos en el artículo 2 del Texto Refundido de la Ley del Mercado de Valores a los depósitos bancarios de todo tipo y a los productos de seguros con finalidad de ahorro, planes de previsión asegurados²²³ (“PPAs”) y planes de pensiones individuales y asociados²²⁴.

En cuarto lugar, se recogen principios comunes que ordenan todo el derecho de transparencia sobre productos financieros, considerados en el sentido más amplio (todos los de seguros, entidades de crédito y mercados de instrumentos financieros): simplicidad, claridad, relevancia y homogeneidad (comparabilidad).

Ámbito de aplicación.— Ya se ha reseñado, pero merece ser ampliado. Nos centraremos en la materia propiamente aseguradora. Con relación a las exclusiones, no se aplica esta

²²³ *Vid.* Resolución de 5 de marzo de 2003, de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, sobre obligaciones de información de las entidades aseguradoras que comercialicen Planes de Previsión Asegurados. BOE núm. 61, de 12 de marzo de 2003. [Disposición derogada].

²²⁴ Texto refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre. BOE núm. 298, de 13/12/2002.

Orden a los productos que entran dentro del ámbito del Reglamento PRIIPs. Ello lleva a dos reflexiones:

1. El Reglamento PRIIPs habla de los productos de inversión basados en seguros sobre la base de un comportamiento de estos en cuanto a los retornos que recibe el asegurado en mayor o menor medida, directa o indirectamente, con arreglo al mercado. La Orden habla de “productos de seguro de Vida con finalidad de ahorro”, incluyendo explícitamente los denominados “PPAs”, respecto de los cuales debe presumirse dicha finalidad de ahorro. En principio podría interpretarse que el regulador está pensando en incluir los seguros de vida ahorro garantizados cuyo valor de rescate se determina a provisión matemática. Pero también hace una exclusión expresa de “las modalidades de seguro de vida previstas en el artículo 3 de la Orden ECC/2329/2014, de 12 de diciembre, también conocida como “orden sobre rentabilidad esperada”. En consecuencia, el Reglamento PRIIPs incluye un concepto objetivo, como es la dependencia del producto de inversión basado en seguros respecto de los valores de mercado, mientras que en estas dos fuentes normativas en forma de Órdenes ministeriales se utiliza un concepto subjetivo, como es “la finalidad de ahorro”, una exclusión de carácter “nominal”, como es la de los PPAs, si nos atenemos a la Orden “de semáforos”. Con respecto a la otra Orden, la de rentabilidad esperada, no se utiliza un criterio inclusivo sino exclusivo, ya que excluye a todos los seguros en los que el asegurado no asume el riesgo de inversión y haya que dotar provisión matemática. En consecuencia, en la Orden “de semáforos” se incluirían, por reducción al absurdo, los seguros en los que el asegurado asume el riesgo de inversión, categoría que se identifica con los productos “unit linked”, los cuales están bajo el amparo del Reglamento PRIIPs. Igualmente, de la lectura de la Orden de rentabilidad esperada parece deducirse que los seguros con participación en beneficios se incluirían en su ámbito, a pesar de que tal participación en beneficios puede en un gran número de casos depender de rendimientos obtenidos en el mercado. Urge, pues, una clarificación de los criterios que permiten aplicar uno u otro régimen de información precontractual:
 - El Reglamento PRIIPs;
 - La Orden “de semáforos”;
 - La Orden “de rentabilidad esperada”.

En cada norma rige no sólo formatos de información diferentes, sino también metodologías diversas en cuanto a clasificación de productos y datos de retornos previstos o previsibles a suministrar al cliente.

En suma, parece que lo único claro sería la inclusión en la Orden “de semáforos” de los planes de previsión asegurados, los cuales son definidos por el regulador como “de finalidad de ahorro”, sin que quepa un análisis de su contenido de cara a la inclusión en el ámbito “PRIIPs”, prevaleciendo el principio de forma (nombre del producto) sobre el de sustancia, que es el que domina toda la normativa comunitaria.

En todo caso, será la normativa PRIIPs (Reglamento, normas técnicas de regulación y, en la medida de su dependencia de éstas, las Directrices de EIOPA), las que prevalezcan a la hora de determinar el régimen de información precontractual a aplicar en las distintas modalidades de seguro de vida que entre en la categoría de “productos de inversión basados en seguros”. El principio de jerarquía normativa impone la prevalencia de la calificación sobre la naturaleza del producto con arreglo a los criterios del Reglamento PRIIPs.

2. Acerca de la metodología, la Orden “de semáforos” se basa en un indicador de riesgo establecido conforme a la clasificación de productos con arreglo a dicho criterio, y en unas alertas de liquidez y complejidad a dirigir al cliente o inversor. Junto a ello, se regula el formato en el que debe constar esa información clave para el inversor, adoptando el enfoque de otras normas comunitarias (Reglamento PRIIPs, Directiva de Distribución de seguros, Directiva de Hipotecas, Directiva de Cuentas de Pago, normativa sobre fondos de inversión normalizados, UCITS).

Indicador de riesgo.- Se establecen hasta seis categorías para definir el perfil de riesgo de los productos amparados bajo la Orden. Sin embargo, sólo van a tener desarrollo pormenorizado las Clases 2 a 6, ya que en la Clase 1 se incluyen de forma automática “los productos de seguros con finalidad de ahorro, incluidos los planes de previsión asegurados”. Frente a esta simple ubicación de este tipo de productos en la Clase 1, caracterizada por presentar el menor riesgo, la Orden es muy detallada a la hora de establecer los productos que integran las otras clases, compuestas por distintos tipos de instrumentos financieros en las que se combinan criterios sobre vencimiento, plazos de reembolso, importes garantizados de reembolso y calificaciones crediticias procedentes de Agencias de Calificación Externa que recaigan bien sobre el producto o bien sobre el emisor.

Alertas de liquidez y de complejidad.- El sistema de alertas está previsto en la Directiva de Distribución de seguros como una alternativa al asesoramiento por parte del distribuidor de seguros²²⁵. Esto es, si la venta es sin asesoramiento, el distribuidor debe obtener la información básica necesaria para poder emitir un juicio acerca de la conveniencia del producto para el cliente, con arreglo a su experiencia y conocimientos. Con ello el mediador cumple con sus obligaciones de diligencia en la venta del producto.

²²⁵

Vid. Artículo 30.2, segundo y tercer párrafos, Directiva 2016/97/UE.

De esta forma, la Orden contempla una serie de rasgos del producto que desencadenarían la obligación de advertir al cliente sobre estos dos elementos: la posible falta de liquidez y la complejidad.

La advertencia de liquidez tendrá en cuenta las características del producto de cara a las condiciones en las que se van a producir la devolución al cliente del importe de lo invertido tanto en caso de no esperar a que finalice el período de mantenimiento o vencimiento del producto como en el caso de obtención del retorno a la fecha de vencimiento. Ello significa considerar elementos como los preavisos, las comisiones o penalizaciones, los mecanismos de obtención de liquidez, los mercados en los que se negocian los activos, las condiciones para el rescate anticipado y en el caso de los seguros de vida con finalidad de ahorro, la “*vinculación del derecho de rescate al valor de mercado de los activos asignados*”. Sobre este último inciso, si existiera ese rasgo sobre la liquidez del producto de seguro de vida, nos planteamos si se trataría de un producto de inversión basado en seguros, por lo que nos encontraríamos ante un IBIP sometido al régimen PRIIPs. Una vez más, la normativa exige una clarificación sobre su ámbito real en la práctica. En cuanto a la forma que debe adoptar la alerta de liquidez, se prevén una serie de frases modelo que corresponden a las distintas situaciones que se pueden dar en el producto con relación a esta característica de liquidez. Es decir, advertir sobre penalizaciones, plazos, comisiones, dependencia de valores de mercado, preavisos, sometimiento a contingencias tasadas, ...

Con relación a la advertencia de complejidad, se resume a la obligación de insertar una frase en la documentación precontractual expresando por escrito las dificultades que entraña ese producto a la hora de comprender su funcionamiento. El régimen de aplicación de esta alerta implica una frase estándar sobre la dificultad del producto para ser entendido, un signo de admiración en el documento normalizado, una atribución de competencias sobre la determinación de esos productos complejos y una serie de criterios a considerar a la hora de calificarlos como tales.

Con relación a las competencias, son los supervisores (Banco de España, Comisión Nacional del Mercado de Valores y Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones) los que podrán establecer los productos que deben ser considerados como tales. Junto a ello hay una remisión a la Ley del Mercado de Valores, que en su artículo 217 se ocupa de regular los instrumentos financieros considerados como no complejos. Este debate sobre la no complejidad reproduce lo que ya se ha visto al hablar de los productos de seguros que obedecen a la categoría de IBIPs, los cuales son objeto de regulación por la Directiva de Distribución de seguros. De nuevo, en un marco armonizador, los criterios que la Ley del Mercado de Valores fija para considerar la no complejidad de un instrumento se basan en la facilidad de venta, de conocimiento de los precios, en la estructura simple del propio producto, en la facilidad de obtener valores de referencia

para el cálculo del precio del producto o en las pérdidas máximas posibles, que no deben superar el valor del instrumento.

Formato normalizado..- Con detalle regula su anexo la forma en la que debe presentarse la información, a través de la utilización de colores indicadores de mayor o menor riesgo, frases estándar y figuras.

5.2. Orden ECC/2329/2014, de 12 de diciembre, por la que se regula el cálculo de la rentabilidad esperada de las operaciones de seguro de vida

Ya se han visto las dificultades que entraña definir correctamente su ámbito de aplicación, sobre todo de cara al ámbito propio de los productos de seguro incluidos en el ámbito del Reglamento PRIIPs.

De hecho, su exposición de motivos menciona la inclusión en la Orden de los seguros de vida en los que el tomador no asuma el riesgo de inversión. Es decir, todos menos los unit linked. Recordamos la necesidad de hacer compatible cualquier clasificación de productos de seguro con un componente de inversión con el marco PRIIPs. Y ello además porque la Orden citada regula además un método para calcular la rentabilidad que cabe esperar de los productos incluidos en su ámbito, bastante amplio como ya se ha dicho. El método propuesto pretende, incluyendo todos los costes, considerar como factores las prestaciones, contraprestaciones, duración y la influencia de las tablas de mortalidad y supervivencia.

Se define la rentabilidad esperada de la operación de seguro el tipo de interés anual que iguala los valores actuales de las prestaciones esperadas que se puedan percibir en la operación por todos los conceptos y los pagos esperados de prima.

Junto a ello se aportan elementos para el cálculo, estableciendo hipótesis sobre el pago de primas futuras, las prestaciones a percibir con arreglo a las tablas utilizadas e incluso se dan criterios para estimar la evolución de la participación en beneficios tanto en el caso de existir experiencia previa como en el supuesto contrario.

Sin ánimo de entrar sobre la mayor o menor validez de la metodología sí procede subrayar cómo será la clasificación de los productos PRIIPs la que determine si procede la aplicación de aquélla o la que las normas técnicas de regulación establezcan para los productos dentro de su ámbito. Igualmente habría que considerar si debe mantenerse metodologías diversas según la modalidad de seguros de vida de que se trate, con vistas a lograr una suficiente uniformidad en la información a facilitar a los tomadores. El criterio a utilizar parece que sería una redefinición de los productos que integran la categoría de “seguros de vida en los que el tomador asume el riesgo de inversión”.

6. LAS OBLIGACIONES DE TRANSPARENCIA EN EL PRODUCTO PANAEUROPEO DE PENSIONES INDIVIDUALES (PEPP)

El Parlamento Europeo en su Resolución de 19 de enero de 2016 sobre la “*Evaluación y retos de la normativa sobre servicios financieros de la UE*” propone, entre otros muchos objetivos, favorecer la inversión a largo plazo y los productos de ahorro ajustados a las necesidades de los consumidores, planteando la posibilidad de desarrollar un producto de pensiones paneuropeo “con un diseño simple y transparente”. A partir de ahí se inicia un proceso de consulta a las Autoridades Europeas de Supervisión con el fin de conocer la repercusión que un producto de este tipo puede suponer para los consumidores.

En el informe evacuado por EIOPA el 4 de julio de 2016 se aborda la problemática que presenta un producto que nace con una vocación de producto estándar desde el punto de vista de la conducta de mercado, entendiendo ésta en un sentido amplio, abarcando la vida entera del producto, desde su diseño hasta el cumplimiento de las finalidades de previsión para las que se ha creado.

6.1. Naturaleza del producto

Las finalidades que se persiguen al crear normativamente un producto como este intentan dar soluciones a problemas de tipo macroeconómico, como los posibles déficits futuros en los sistemas de pensiones públicos fruto del envejecimiento de la población, la necesidad de favorecer la inversión a largo plazo y el aprovechamiento del mercado único de servicios financieros. La forma de abordar estos propósitos es la creación de un producto normalizado en el que sus principales características queden recogidas en la norma comunitaria. Esos rasgos abarcan su régimen administrativo de supervisión antes, durante y después de su creación y puestos a disposición de los clientes en el mercado, las garantías de funcionamiento y el régimen de las inversiones en las que se materializa el producto. Las reglas sobre la portabilidad del producto, es decir, la posibilidad de consolidar derechos económicos en el ámbito de la Unión Europea, independientemente del Estado en el que se suscribiera en su origen, implica dar una aplicación práctica a la idea del Mercado Único. En este sentido, el favorecimiento del mercado europeo aparece como una finalidad clave del marco que se propone.

Pero el supervisor europeo se enfrenta también a la necesidad de abordar el producto desde la perspectiva del cliente, del consumidor que va a vincularse por un plazo muy largo al mismo. De esta forma debe asesorar sobre cómo abordar de forma detallada el proceso de venta desde múltiples aspectos:

- Concepción y creación del producto;
- Información a suministrar al futuro cliente;
- Conducta del distribuidor o promotor

Las “líneas de defensa” se complementan con el establecimiento de obligaciones durante toda la vida del producto. Se consolida así en este ámbito lo que ya la Directiva de Distribución de Seguros y la Directiva de Instrumentos Financieros fijaron, al crear todo

un entramado de reglas de conducta que amparan al cliente a lo largo de toda la vida del producto.

6.2. Configuración de los deberes de información precontractual

EIOPA reconoce la existencia de asimetría informativa entre los clientes y los proveedores, lo que conlleva falta de confianza en el sistema, dificultad de comparar entre productos y posibles decisiones inadecuadas. También reconoce que reforzar o incrementar la información objeto de divulgación no es una solución, dadas las distintas causas que explican esa asimetría, destacando las derivadas de los posibles sesgos de la conducta del cliente, habiéndose detectado indeseados errores de apreciación basados en dichos sesgos, los cuales limitan su racionalidad (por ejemplo, el denominada “efecto marco”) o bien condicionantes emocionales (actitudes previas favorables o desfavorables frente al distribuidor). Falta de información o de un perfecto conocimiento llevan a que el supervisor europeo se pronuncie a favor de buscar simplicidad sin reducir las opciones que en su interés pueden ejercitar los consumidores, así como promover la comparabilidad y considerar las amenazas que pueden afectarles, destacando las actitudes de su conducta que pueden perjudicarle o los conflictos de interés que afecten a los sujetos involucrados en la venta. De esta manera, las intenciones que persiguió el legislador comunitario en el marco de los PRIIPs se proyectan en este ejercicio, con la intención de mejorar el marco legal y fijar un estatuto de producto en el que cristaliza la orientación de los supervisores financieros comunitarios sobre la relación con el consumidor.

Otras recomendaciones de EIOPA, que servirán de base para la futura normativa comunitaria se resumen en los siguientes puntos:

- Exigencias de gobierno corporativo, en la línea de definir claramente las responsabilidades de las personas que deben en el ámbito de las instituciones financieras afectada. Así, se recomienda el establecimiento de funciones de gestión de riesgos y actuarial, así como de unas exigencias de control interno, políticas de remuneración y un sistema de autoevaluación de riesgos, marco que nace en Basilea II y se extiende a la normativa financiera de la Unión Europea;
- A la hora de abordar el suministro de información a los tenedores del producto se plantea la cuestión de cómo evitar los riesgos cognitivos, para lo cual no debe centrarse exclusivamente en contenidos, sino en la estructura de la información, de forma que se consigan los objetivos buscados, de forma que cómo se enmarca la misma y cómo se hacen constar los objetivos clave debe ser la razón de actuar. El mandato legal de simplicidad exige una interpretación, para lo cual se maneja la posibilidad de restringir los elementos a incluir, dirigirse a lo esencial y establecer un sistema de niveles de información (“layers”) usando un lenguaje adecuado, confiando que las herramientas que un entorno digital proporciona

puedan favorecer los objetivos de comprensibilidad y comparabilidad que la normativa de conducta comunitaria entiende como esenciales;

- La información que se entiende como “básica” no estaría afectada por la estructura en niveles, por lo que podría establecerse una relación entre esta idea de lo básico con lo que la doctrina jurisprudencial española ha caracterizado como “funcionamiento económico del contrato”. Este nivel básico serviría también como elemento de referencia a la hora de identificar cuáles pueden ser las materias que entrarían en el contenido de la información periódica a facilitar al cliente;
- Siguiendo con el enfoque a adoptar sobre la información, se utiliza como referencia el documento de datos fundamentales del Reglamento PRIIPs (“KID”) sin pensar que haya que copiarlo literalmente. Y ello sobre todo pensando en la necesidad de una mayor “personalización” de la información a facilitar. El carácter genérico del KID contradice la necesidad de suministrar al cliente una información más acorde con sus necesidades y características. Esta confrontación será clave en cualquier norma comunitaria que persiga conseguir una adecuada información para el cliente.
- La propuesta de EIOPA estructura la información a facilitar en los siguientes componentes:
 - Descripción del producto y del “vendedor”;
 - Riesgos y garantías;
 - Esquemas de las garantías;
 - Disponibilidad;
 - Prestaciones en caso de fallecimiento; y
 - Opciones en caso de situación de jubilación.
- En suma, se reconoce la importancia de una información estandarizada como clave para el éxito del producto, en la medida en que favorece la comparación y el posible rendimiento del mismo, sin perder de vista la adecuación al perfil del consumidor;
- En materia de conducta de mercado el supervisor comunitario valora la importancia del asesoramiento, el cual es exigible en cuanto el producto se proyecta en un plazo muy largo, si bien si el nivel de uniformidad es muy alto se plantea la posibilidad de eliminar tal asesoramiento en pos de una reducción de costes. En cierta medida el marco normativo, al crear un producto con características semejantes, sustituye en parte los problemas que la comprensión del producto genera al consumidor.

6.3. Marco normativo

La norma principal la constituye el Reglamento (UE) 2019/1238 (“El Reglamento”, en lo sucesivo), relativo a un producto de pensiones individuales, la cual es complementada por normativa delegada que regulan:

- La información adicional que deberán contener los informes para los supervisores, en busca de una mayor convergencia [Reglamento Delegado (UE) 2021/896 de la Comisión de 24 de febrero de 2021 por el que se completa el Reglamento (UE) 2019/1238 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que concierne a la información adicional a los efectos de la convergencia de la información presentada a efectos de supervisión]²²⁶.
- La información a suministrar, tanto en contenido como en formato [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]²²⁷.
- El intercambio de información entre autoridades [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].
- Por último, y como establecen los Considerandos del Reglamento, se podrán aplicar las leyes nacionales en la medida en que no contradigan el régimen establecido por las normas comunitarias.

6.4. Principios inspiradores del marco normativo

El Reglamento define los principios que rigen este nuevo enfoque en el mercado financiero de la Unión Europea, recogiendo los enfoques ya anticipados por el informe de EIOPA. Agruparemos los mismos según se enfoquen hacia el mercado o hacia el consumidor:

Mejoramiento del mercado único:

- Dar respuesta a uno de los objetivos de la Unión de Mercados de Capitales (“*ofrecer nuevas oportunidades a inversores y ahorradores*”);
- Promover medios para la mejora de la previsión social, como forma de responder a un problema general de la Unión Europea;

²²⁶ Diario Oficial de la Unión Europea, de 4 de junio de 2021, L 197/5.

²²⁷ Diario Oficial de la Unión Europea, de 22 de marzo de 2021, L 99/1.

- Creación de un producto europeo de ahorro a largo plazo, eliminando la fragmentación del mercado comunitario con respecto a este tipo de productos y ofreciendo una posibilidad de inversión a largo plazo con garantías;
- Lograr condiciones de competencia más equitativas;
- Instaurar un Registro Central de estos productos al nivel de la Unión Europea, localizándolo en EIOPA;
- La portabilidad se erige como un sistema de integración del mercado único y de defensa de los derechos del cliente;
- Considerar los factores de sostenibilidad en el proceso de formación de la voluntad del cliente. Debe reseñarse que tener en cuenta estos factores ya está introducido en la normativa comunitaria como una obligación de la institución financiera en la defensa del consumidor;
- Igual que se refuerzan las herramientas de los supervisores se contempla la armonización de estas a nivel comunitario, tarea que se encomienda a EIOPA;
- Por último, se menciona la necesidad de una aproximación de los regímenes sancionadores, objetivo de la Comisión Europea en el sector de los servicios financieros. Este elemento, de no estar armonizado en la práctica atentaría contra la unidad del mercado comunitario, generando distorsiones regulatorias y supervisoras.

Defensa del consumidor:

- El punto de partida es caracterizar el producto en el marco del seguro privado, sobre la base de la voluntariedad del consumidor al contratarlo, frente a esquemas públicos y obligatorios, que se proyecte a largo plazo, que genere confianza y que cubra las necesidades de los consumidores de cara a su jubilación;
- Fijar un nivel armonizado de protección del consumidor, sobre las bases de varios componentes clave del producto: distribución, contenido mínimo de los contratos, estrategia de inversión, regulación de los cambios de promotor y (ya mencionado) la portabilidad transfronteriza. Al crear un producto estándar no sólo se beneficia su rendimiento, sino que reduce la simetría de la información;
- Regular los elementos que configuran el contrato que sustenta jurídicamente el producto: derechos y obligaciones de las partes, características clave del producto y el PEPP como seguro de grupo o colectivo;
- Imponer el asesoramiento obligatorio sobre varios aspectos esenciales del producto: opciones de inversión, prestaciones y nivel de protección del capital;
- Desarrollar unas obligaciones de información muy amplias tanto en su contenido como en su ejecución, en la medida en que se proyecta a lo largo de la vida del contrato;
- Reconocer la importancia de una supervisión eficaz en la inversión en que se materializa el producto, debiendo combinarse la prudencia exigible con la defensa

de los intereses a largo plazo del cliente. En el mismo sentido, se hace un llamamiento a las autoridades a ejercer sus facultades para proteger los derechos de los ahorradores;

- Acotar las opciones de inversión y diseñar un PEPP básico cuyo objetivo sea recuperar la inversión o garantizar el capital invertido;
- Inscripción administrativa de los productos (“Capítulo II” –artículos 5 a 13-). La finalidad de esta inscripción es favorecer el funcionamiento del mercado único al mismo tiempo que se refuerza la transparencia, al estar centralizado el registro en la autoridad EIOPA.
- Limitar los gastos y comisiones, obligando a regirse por principios de equidad y transparencia, de forma que se prohíban los métodos de fijación no transparentes. Con ello se trata de favorecer la comparación entre productos, por lo que cumple a la vez los objetivos de defender al consumidor y reforzar el mercado único;
- Reforzar los poderes de intervención sobre los productos, tanto de EIOPA como de las autoridades nacionales.

A los efectos que nos interesan para esta investigación, nos centraremos en dos puntos:

1. El diseño del producto, cuyos rasgos son fijados en la regulación, tratando de concretar los derechos y obligaciones que se derivan de la relación jurídica, lo que implica incorporar en el plano legislativo lo que compondrían las condiciones generales del contrato que soporta este producto; y
2. La formulación que hace la Ley de la información a suministrar a los clientes de estos productos, así como la elaboración de los soportes documentales a través de los cuales se concretan los deberes de transparencia en el período precontractual.

Es a través de los requisitos de información por donde se muestran mejor los rasgos del producto, por lo que se utilizará esta vía para poder cumplir con los dos puntos citados.

6.5. Elementos básicos de los deberes de información precontractual en el PEPP

Principios en materia de conducta. - Se enuncia la necesidad de que el operador actúe con honestidad, equidad y profesionalidad y siempre en beneficios de los intereses del cliente. Con ello se podrán llenar lagunas normativas en caso de situaciones no contempladas por el concreto articulado del marco legal. Se completa el ámbito de conducta estableciendo obligaciones en materia de gobierno y supervisión de productos. Con ello se muestra la coherencia de este sistema del PEPP con otras normas en materia de protección al cliente financiero de la Unión Europea, como la MIFID o la IDD. El denominado “POG” es una forma de autoevaluación de la forma en la que el diseñador del producto considera la protección del cliente en las distintas fases de vida del producto, abarcando desde la fase precontractual a la ejecución y finalización del contrato.

Principios generales.- Se formulan de forma semejante a otros marcos legales, aludiendo a caracteres como la claridad, la comprensibilidad y adecuación al perfil del cliente, debiendo favorecer la toma de decisiones por el mismo.

Lapso temporal de la información sobre el producto.- Como ya se ha reseñado, las obligaciones de información se manifiestan en varios momentos clave de la vida del producto:

- La fase precontractual;
- La celebración o perfeccionamiento del contrato;
- La fase de acumulación; y
- La fase de disposición.

Este enfoque de identificar los momentos críticos de la vida del producto y fijar la aplicación de las obligaciones de información ya es contemplada en algunos preceptos de la IDD, cuando en los artículos 29 y 30 se mencionan obligaciones de información periódicas sobre costes o sobre la evaluación de la idoneidad, por lo que se consolida un sistema de información no sólo centrada en el momento previo o coincidente con la contratación.

Contenido. - A la hora de abordar el contenido de la información que debe facilitarse al cliente se trata de cubrir lo que podíamos englobar en el ámbito del funcionamiento económico del contrato, recogiendo un concepto ya habitual en la jurisprudencia española y comunitaria. De este modo la información deberá contener los siguientes elementos:

- Derechos devengados;
- Prestaciones previstas;
- Riesgos y garantías;
- Factores sobre sostenibilidad (ESG);
- Costes y
- Escenarios posibles.

6.5.1. Materialización de las obligaciones de información precontractual: el Documento de Datos Fundamentales

Principios generales.- A imitación de lo que ya quedó fijado en anteriores normativas comunitarias [Directiva 2009/65 (“Directiva UCITS IV”) estableciendo el Key Investor Information o KII; el Reglamento PRIIPs con el Documento de datos Fundamentales o KID], el Reglamento sobre PEPPs también regula un Documento de Datos Fundamentales o “PEPP KID”, que contiene lo que el legislador comunitario entiende como información precontractual básica (se habla de que su contenido “constituye información precontractual”, dejando abierta la posibilidad de que la legislación nacional

imponga otros elementos informativos). Veamos algunos de sus principios de funcionamiento:

- Deberá publicarse en la página web del promotor (artículo 26), lo que le da el carácter de documento genérico, al ir destinado al público en general y no a un cliente particular;
- Será claro, preciso, imparcial y no engañoso, empleará un lenguaje comprensible y se centrará en los rasgos esenciales del producto. La utilización de colores no mermará su capacidad informativa si se utiliza una versión en blanco y negro;
- Guardará coherencia con los documentos contractuales, con los de la oferta y con el régimen legal que regula los PEPPs. Este principio condiciona la aplicación de los marcos jurídicos nacionales sobre el contrato de seguro y la importancia de la oferta de contrato (por ejemplo lo señalado en el artículo 6 de la Ley de Contrato de Seguro española y el régimen de la proposición de seguro, entendiendo ésta como un documento no genérico, sino basado en la solicitud y las necesidades y demandas del cliente);
- Estará separado del material comercial, sin remisiones al mismo;
- En caso de ofrecerse varias alternativas de inversión, se regula de forma exhaustiva la información a ofrecer para cada opción para no perder calidad informativa en cada caso;

Forma y contenido del documento.-

Respetando la necesaria claridad y el tamaño legible de la letra y números utilizados, el documento debe centrarse en los datos fundamentales para el cliente, reforzando la necesidad de que éste conozca el funcionamiento económico del contrato, como pauta fundamental en los contratos sobre productos financieros.

A destacar el enfoque del Reglamento al formato electrónico, al que se considera como soporte por defecto, manteniendo, no obstante, un derecho del cliente a exigir el papel como soporte supletorio. Adaptándose a las especificidades del formato electrónico, se hace mención a las ventanas emergentes (“pop ups”) como medio de establecer unos niveles de información (“layering approach”) que vaya de lo más importante a lo más accesorio, evitando grandes cargas de información. Este enfoque goza de gran predicamento entre los supervisores y el regulador europeo para futuras reformas del marco comunitario de transparencia financiera (véase los informes de las autoridades europeas en el marco del proyecto de la Comisión Europea sobre la Estrategia para la Inversión Minorista).

El artículo 28 del Reglamento se ocupa no sólo del contenido sino de cómo debe imbricarse el documento en el proceso precontractual, al hablar de la “secuencia en la que debe ofrecerse la información”, comenzando con advertencias genéricas sobre la naturaleza del documento para desarrollar de forma exhaustiva los elementos económicos

del producto. Hasta 26 menciones debe contener el documento, lo cual muestra hasta qué punto el legislador comunitario deja poco margen para que los legisladores nacionales impongan más datos informativos.

La estructura del documento es semejante a la del KID del Reglamento PRIIPs, con distintas secciones que explican el producto, que informan sobre costes, sobre riesgos, sobre el funcionamiento de las cuentas y subcuentas, sobre la posible insolvencia del promotor y las garantías existentes o sobre las reclamaciones.

Se informa sobre la naturaleza del producto, el cual se proyecta a largo plazo carece de capacidad de reembolso y no admite la rescisión, debido a su finalidad previsora de la jubilación.

Se desarrolla un régimen especial para el caso de PEPPs que ofrecen varias alternativas de inversión, obligando a la redacción de un PEPP básico y otro genérico para el conjunto de opciones ofrecidas. Si el genérico no ofrece la información precisa para defender el interés del cliente sería necesario elaborar un Documento de Datos Fundamentales para cada opción de inversión. Sólo una supervisión muy detallada y exhaustiva puede garantizar que estas prescripciones de cumplen en la práctica.

En esta materia de productos con varias opciones de inversión, el Considerando (38) menciona

la necesidad de que por las autoridades competentes se garantice la comparabilidad de las opciones de inversión ofrecidas “teniendo en cuenta en especial los conocimientos actuales del análisis de comportamiento a fin de evitar cualquier sesgo cognitivo causado por la presentación de la información”. Se introduce así en la normativa comunitaria de transparencia financiera un elemento de análisis que sobrevuela tanto la actuación supervisora como la futura normativa de desarrollo y que ya ha impregnado la regulación a la hora de llevar a cabo pruebas de producto o al revalidar formatos de documentación normalizada.

Responsabilidad del promotor.- Procede mencionar la regulación que se hace sobre la responsabilidad del promotor en su artículo 31 para el caso de que el documento sea engañoso, impreciso o incoherente, tanto en la fase precontractual como en el momento de la contratación. Respetando el derecho nacional, por no ser competencia comunitaria regular el Derecho Civil de los Estados Miembros, sí se ocupa de fijar el supuesto de hecho del que podría aparecer la responsabilidad del promotor, la cual exige que se demuestre la existencia de una pérdida derivada de la confianza depositada por el ahorrador en el Documento de datos Fundamentales. El análisis de la expresión “pérdida de confianza” parece entroncar con el deber general de lealtad del promotor en defensa de los derechos del consumidor, y requiere todo un análisis del proceso de formación de la voluntad del cliente, no ciñéndose en nuestra opinión a una mera apreciación de la

existencia de un error, sino a un análisis general de la diligencia desplegada por el promotor en su relación con el cliente.

6.6. Desarrollo normativo

El Reglamento prevé la necesidad de elaborar un número relevante de normas de desarrollo a través de las denominadas “normas técnicas de regulación” (RTS), cuyo contenido deberá desarrollar los siguientes elementos:

- Presentación del Documento de Datos Fundamentales;
- Método para la presentación de los riesgos y el tipo de remuneración a percibir por los actuantes;
- Diferenciación de los niveles de información a mostrar en el formato electrónico, en un ejercicio en el que deberá identificarse lo que es más o menos relevante para el proceso de decisión del cliente;
- Revisión del Documento de Datos Fundamentales;
- Proyecciones de los beneficios;
- Presentación de las prestaciones; y
- Criterios aplicables a las técnicas de reducción de riesgos.

En suma, el Reglamento sobre el Producto Panuropeo de Pensiones muestra una profundización del enfoque que la normativa comunitaria ha ido desarrollando en los últimos años para abordar la transparencia en los productos financieros:

- Una información precontractual armonizada en contenido y formato;
- Un diseño de los productos fijado en la normativa como un medio de defensa de los intereses de los inversores minoristas; y
- Una gran complejidad de las normas aplicables, que exigen un reforzado esfuerzo supervisor que garantice el doble objetivo de consolidación del mercado único y de defensa del consumidor comunitario.

7. CONCLUSIONES

1. En los productos de seguros incluidos en el Reglamento PRIIPs (los denominados “IBIPs”), con un sustancial componente de inversión, la finalidad del inversor-asegurado puede orientarse hacia una visión a corto plazo, de carácter especulativo, o una necesidad de previsión a largo, lo que pone de manifiesto la dificultad de regular la información que debe suministrarse a través del instrumento normalizado que regula dicho Reglamento;
2. La Directiva IDD refuerza los deberes de conducta para este tipo de productos, en donde se hace evidente la influencia del “marco MIFID”;

3. La intersectorialidad, la necesidad de ofrecer una información exhaustiva y la búsqueda de un equilibrio condicionaría esta normativa sobre PRIIPs y su desarrollo;
4. Con el fin de lograr la transparencia material se utilizará un formato normalizado para la información y para las metodologías empleadas para definir cada elemento esencial del producto. La dificultad que entraña lo anterior está en la base de exigir unos requisitos reforzados en la conducta de los intermediarios financieros (empresas de seguros, mediadores o empresas de servicios de inversión);
5. La base de este proyecto normativo comunitario de carácter horizontal se apoya en una doble finalidad: mejorar la competencia entre productos similares desde el punto de vista material y proteger al inversor-asegurado a través de un reforzamiento de los mecanismos de información precontractual;
6. La exhaustividad y gran duración del proceso de producción legislativa de este Reglamento nace de la participación de todos los sectores financieros afectados, con la finalidad de definir la información relevante, oportuna en el momento de su presentación al cliente bajo un formato normalizado y con un alto nivel de comprensión. Para ello se utilizaron “pruebas de consumidores” con el propósito de definir la información fundamental que explique cuál es el núcleo de la información que condiciona la voluntad última del cliente en su declaración de voluntad contractual;
7. Se expone a lo largo del Capítulo el contenido de la normativa PRIIPs y otras normas que en Derecho español regula la información clave a suministrar al asegurado para productos limítrofes con los contemplado en el ámbito de aplicación del Reglamento PRIIPs;
8. La complejidad de los objetivos perseguidos por el Reglamento PRIIPs se ha manifestado en la necesidad de proceder a una reforma del mismo a través de la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (UE) n.º 1286/2014 en lo que respecta a la modernización del documento de datos fundamentales, de 24 de mayo de 2023, que debe hacer frente a las dificultades presentadas en la aplicación de dicho marco normativo;
9. La exposición sobre el denominado Producto Paneuropeo de Pensiones (PEPP) pretende ofrecer un nuevo enfoque de la Comisión Europea para proteger al consumidor y favorecer la competencia en el Mercado Único a través de productos normalizados, en un nuevo paso en el que es el propio contenido del producto el que es objeto de regulación, con lo que se manifiesta un nuevo mecanismo de protección de la parte débil en este tipo de contratos complejos.

CAPÍTULO SÉPTIMO. LA DISTRIBUCIÓN DE PRODUCTOS DE SEGUROS EN CASO DE VENTAS CRUZADAS

La Directiva de distribución de seguros regula las condiciones de venta de forma específica en el caso de ventas cruzadas, a través de dos Considerandos [(53) y (54)] y el artículo 24. Consciente de las dificultades que la comercialización de estos productos presenta²²⁸, la Directiva plantea que han de tenerse en cuenta los intereses de los clientes, sin impedir la venta de pólizas multirriesgo, así como considerar las otras normas de Derecho comunitario en vigor. El legislador comunitario es consciente de que en estos casos el cliente tiene dos perspectivas diferentes según se trate de la contratación del producto “principal”, que es el que busca la satisfacción de su necesidad (normalmente la obtención de un crédito) y del otro producto vinculado, que cubre una necesidad que ha sido puesta de manifiesto por la entidad financiera suministradora del producto “principal”, que actúa también en su propio interés (reforzar la solvencia del crédito, entre otras)²²⁹. La complejidad de los dos productos contratados exigirá un esfuerzo de comprensión adicional y el despliegue de una conducta reforzada del distribuidor para cumplir con su deber de actuación leal y de buena fe. Ello justifica la especial atención que pone la normativa en este tipo de operaciones.

²²⁸ Distintos supervisores europeos han desarrollado acciones y tomado medidas regulatorias con relación a los problemas de venta de los denominados “PPIs” (Seguros de protección de pagos). Como ejemplo la *Financial Conducts Authority* (FCA) británica. Consultese: <https://www.fca.org.uk/news/statements/financial-conduct-authority-statement-ppi>

²²⁹ La STJUE de 23 de abril de 2025 (asunto C-96/14), en su Fundamento 48 pone de manifiesto esta especial situación del cliente, cuando dice: “*Podría también resultar pertinente en este contexto la circunstancia de que el contrato de seguro sobre el que versa el litigio principal se incardina en un entramado contractual más amplio y está ligado a los contratos de préstamo. De hecho, en el supuesto de que se celebren varios contratos vinculados entre sí, no puede exigirse al consumidor la misma atención en cuanto al alcance de los riesgos cubiertos por el mencionado contrato de seguro que la que se le exige en el supuesto de que hubiera celebrado de manera diferenciada dicho contrato de seguro y los contratos de préstamo*”.

Por tanto, comenzaremos la exposición del tema citando las principales fuentes de Derecho de la Unión Europea que tratan de las ventas cruzadas y sus modalidades en el ámbito financiero.

1. DIRECTIVA DE HIPOTECAS

La Directiva 2014/17/UE, de 4 de febrero de 2014, o Directiva sobre los contratos de crédito celebrados con consumidores para inmuebles de uso residencial, regula en su artículo 12 las prácticas de venta vinculadas y combinadas, definidas previamente en el artículo 4 (“Definiciones”) en sus puntos 26 y 27²³⁰. En ambos casos se ofrece un producto o servicio financiero junto al contrato de crédito, sólo que en el caso de las vinculadas no se da la posibilidad al consumidor de contratar cada elemento por separado, mientras que en las combinadas sí se ofrece tal posibilidad, si bien con condiciones diferentes. El régimen jurídico que se prevé es bastante tibio, por cuanto la Directiva contempla una serie de opciones para los Estados Miembros a la hora de trasponerla a sus derechos internos que suprime en la práctica un enfoque armonizado. Así, si bien prohíbe las prácticas de venta vinculadas, permite que los Estados Miembros las autoricen si es en beneficio del consumidor, siempre y cuando tal beneficio se demuestre. Igualmente se va a permitir que los Estados Miembros permitan que la entidad prestamista, con el fin de incrementar las garantías del crédito, imponga al acreedor la contratación de algún otro producto financiero, como cuentas de ahorro o de pago, otro crédito, un instrumento financiero o un producto de seguro. En este último caso, la única limitación que se impone es la obligación del prestamista de aceptar la póliza de seguros que ofrezca el deudor crediticio si recoge las coberturas y garantías exigidas por el prestamista.

Con relación a los requisitos inherentes a la comercialización, se obliga a que estos posibles contratos vinculados o combinados figuren tanto en la información general sobre el crédito como en las condiciones personalizadas que se hacen constar en la denominada FEIN (Ficha Europea de Información Normalizada). En todo caso, deberá constar en la oferta vinculante que se comunique al consumidor y respetar los plazos exigidos para su consideración por el cliente.

²³⁰ Así, el artículo 4, apartado 26) Directiva 2014/17/UE, define las prácticas de venta vinculada como “*toda oferta o venta de un paquete constituido por un contrato de crédito y otros productos o servicios financieros diferenciados, cuando el contrato de crédito no se ofrezca al consumidor por separado*”; Asimismo, el artículo 4, en su apartado 27) Directiva 2014/17/UE, define las prácticas de venta combinada como: “*toda oferta o venta de un paquete constituido por un contrato de crédito y otros productos o servicios financieros diferenciados, cuando el contrato de crédito se ofrezca también al consumidor por separado, aunque no necesariamente en los mismos términos y condiciones que combinado con otros servicios auxiliares*”.

2. DIRECTIVA MIFID 2

La Directiva 2014/65/UE sobre los mercados de instrumentos financieros, define en su artículo 4.1.42) las prácticas de venta cruzada como la “*oferta de un servicio de inversión conjuntamente con otro producto, como parte de un paquete, o como condición para el mismo acuerdo o paquete*”.

En ejecución de lo previsto en el concepto citado, la MIFID 2 en su artículo 24.11 describe la conducta del distribuidor de los servicios de inversión cuando se produce una práctica de venta cruzada con arreglo a los siguientes puntos:

- La empresa de servicios de inversión deberá informar al cliente sobre la posibilidad de contratar o no cada componente por separado, desglosando los costes de cada uno de ellos;
- La incidencia de los distintos elementos que configuran el paquete en cuanto a los riesgos que definen el producto, siempre que los riesgos conjuntamente considerados cambien el perfil del producto si sus componentes se considerasen por separado. En este sentido se crea una obligación de informar con detalle y de la interacción de los diferentes riesgos.

3. DIRECTRICES SOBRE VENTA CRUZADA

Precisamente en ejecución de un mandato contenido en el artículo citado, y en cooperación con las otras autoridades europeas de supervisión financiera (EBA y EIOPA), la Autoridad Europea de Mercados (ESMA) dictó el 11 de julio de 2016 (Documento ESMA/2016/574) unas Directrices, que entrarán en vigor el 3 de enero de 2018. Con ellas se intentan dar unas pautas a los supervisores para identificar los elementos afectantes a la conducta de mercado y los procesos organizativos que deben respetar las empresas para cumplir los mandatos legales en este tipo de operaciones.

4. DIRECTIVA DE DISTRIBUCIÓN DE SEGUROS

El artículo 24 de la Directiva IDD regula las ventas cruzadas teniendo a la Directiva MIFID 2 como base para su regulación. Ésta se basa en los siguientes puntos:

- El distribuidor deberá informar al cliente sobre la posibilidad de contratar o no por separado cada elemento que compone el conjunto. Asimismo, deberá ofrecer un desglose de los costes y gastos que supone cada uno de ellos;
- Como ya vimos en la MIFID 2 deberá informarse al cliente sobre los riesgos del producto globalmente considerado, así como si ese riesgo conjunto hace variar el perfil de riesgo total al que resultaría de considerar los riesgos por separado de cada componente;
- Se obliga al distribuidor a ofrecer el bien o servicio por separado, salvo que se trate de un instrumento financiero, cuenta de pago o contrato de crédito. Con ello

permite el “cross-selling financiero”, presumiendo la existencia de unas normas específicas para las ventas de este tipo en dicho ámbito;

- El hecho de tratarse de una venta cruzada no impide que el distribuidor deba hacer una valoración del producto con relación a las exigencias y necesidades del cliente, con arreglo a lo establecido en el artículo 20.1 de la Directiva. Debe entenderse que si se tratara de un producto sometido al Reglamento PRIIPs habría que cumplir con los requisitos de comercialización específicos para ese tipo de productos (documento KID, evaluación de la idoneidad y de la conveniencia del cliente...); y
- Se permite que los Estados Miembros establezcan más restricciones que las previstas en la Directiva para la comercialización de este tipo de productos “compuestos”. Con ello deja la puerta abierta a que ciertos contratos incluidos en esta categoría de ventas cruzadas, como los vinculados, sean prohibidos en algunos mercados.

Vemos, pues, un régimen muy próximo al establecido por MIFID 2 que consolida la posición del legislador comunitario frente a este tipo de productos, fuente de posible malas prácticas o de ventas inadecuadas. Así, la experiencia de otros mercados ha mostrado las deficiencias en el cumplimiento de las normas de conducta en la venta de seguros de protección de pagos (“PPIs” en la terminología inglesa), que han provocado la emisión de una serie de actuaciones por parte de la Autoridad EIOPA²³¹, así como por parte de, entre otras, la Autoridad Británica de Conducta²³².

5. ELEMENTOS CONTENIDOS EN LAS DIRETRICES DE ESMA

Si bien es cierto que estas Directrices, aunque elaboradas con la intervención de las otras Autoridades Europeas de Supervisión Financiera, extienden su ámbito a las ventas cruzadas en las que se comercializa un instrumento o servicio financiero junto con otro producto, se considera conveniente examinarlas para detectar los principales puntos que a los supervisores y a las empresas deben interesarles para una correcta aplicación de los principios que rigen la comercialización de este tipo de productos.

En primer lugar, se hace constar que las Directrices se aplicarán tanto a ventas vinculadas como a ventas combinadas. Se ofrecen en cada caso una serie de ejemplos de cómo se pueden quebrantar los principios que rigen estas ventas. Las Directrices se centran, pues, en las siguientes exigencias:

²³¹ Consultese: https://eiopa.europa.eu/Publications/Opinions/EIOPA_PPI_Background_Note_2013-06-28.pdf

²³² El informe final sobre la venta de este tipo de productos, emitido el 24 de abril de 2020, se puede consultar en: <https://www.fca.org.uk/ppi-complaints-deadline-final-report>

1. La información sobre precios y costes debe ser completa y presentarse con antelación suficiente, evitando formatos engañosos que discriminen los costes según se trate de uno u otro producto de los que integran el paquete;
2. Con respecto a los riesgos se exige también exhaustividad y claridad en la forma de presentarse. No debe ceñirse la información a los riesgos relacionados con los precios, sino incluir aquellos que pueden implicar nuevas obligaciones o garantías para el cliente;
3. Debe informarse de forma clara y destacada de que existe la opción por parte del cliente para asumir o no los productos componentes y evitar lenguajes o expresiones ambiguas o de difícil comprensión;
4. Las Directrices se ocupan también en exigir una formación adecuada del personal de ventas, que conozca los productos, sus obligaciones con los clientes y sea capaz de valorar la conveniencia de la oferta al perfil de éstos, evitando que adquieran productos innecesarios. Se incluye en este apartado todo lo relativo a la gestión de los posibles conflictos de interés que pudieran surgir como consecuencia de la estructura de remuneraciones que se establezcan con relación a este tipo de productos; y
5. Obligación de informar de forma clara de los derechos de cancelación posteriores al contrato, los cuales deben afectar tanto al paquete globalmente considerado como a sus componentes.

6. CONCLUSIONES

1. Es práctica en el mercado financiero el ofrecimiento de productos complementarios al producto principal que persigue la satisfacción de las necesidades del cliente. En la medida en que en gran parte la motivación de la institución financiera se basa en intereses de esta (reforzamiento de las garantías del producto, facturación de entidades del grupo financiero...), el legislador entiende que existe un riesgo de quiebra del principio general de actuación en defensa de los intereses del cliente;
2. Por ello, las diferentes normas en el ámbito financiero (instrumentos financieros, banca o seguros) contemplan este hecho proponiendo una serie de medidas o cautelas con vistas a garantizar que se respeta en este tipo de transacciones el marco exigible de transparencia;
3. La normativa vigente se caracteriza por no acoger un enfoque único, dejando a los Estados Miembros ámbitos de discrecionalidad en torno a la forma de entender la defensa de los intereses del cliente;
4. Las técnicas que emplea la normativa se apoyan principalmente en la información que debe suministrarse al cliente, evitando que la operación vinculada pierda la conexión con la principal, de forma que el consentimiento del cliente comprenda también la anexión al producto accesorio, para lo cual se debe incluir la información sobre este en el documento de información normalizado y deben respetarse las exigencias sobre la evaluación de las necesidades y deseos del cliente;

5. En suma, este tipo de operaciones es una prueba sobre el cumplimiento de la transparencia en el mercado y, dada la complejidad del procedimiento que se suele incluir en las prescripciones normativas, es la labor del supervisor la que resulta clave a la hora de emitir un juicio sobre la forma de abordar el “proceso de venta” en este tipo de operaciones;
6. Ello explica la existencia de Directrices por parte de los supervisores, en la medida en que es la conducta del intermediario o institución financiera en donde reside el cumplimiento de las obligaciones de transparencia.

CAPÍTULO OCTAVO. REFLEXIÓN SOBRE LA NOCIÓN DE CLIENTE EN EL SISTEMA DE REGULACIÓN DE LA TRANSPARENCIA Y DE LAS CONDUCTAS DE MERCADO

En el marco del sistema normativo en el que la protección de la parte débil en el contrato es objeto de una regulación detallada y vinculante, resulta necesario una mínima reflexión sobre la idea de cliente o elemento subjetivo. En la normativa que regula los deberes de información o publicidad previa, anticipadores de la más extensa regulación de conducta que le sigue posteriormente, el cliente resulta ser un sujeto sobre el que la entidad o distribuidor en general asume obligaciones cuyo incumplimiento puede generar consecuencias punitivas (infracciones, sanciones) sin que para ello sea necesario haber concluido el contrato. Así, el cliente se define por la posibilidad de devenir parte en el contrato. En el momento en el que el cliente comienza el proceso de generación de un contrato ya se despliegan y aplican toda una serie de normas y se establece una relación jurídica entre distribuidor y cliente. Por ello resulta oportuno mencionar alguna definición legal de cliente, como la que se menciona en la Financial Supervision Act holandesa, de 28 de septiembre de 2006, para la que es cliente aquella persona a la que una entidad financiera proporciona un servicio financiero o a la cual *tiene intención de proporcionar* un servicio financiero”²³³. El carácter potencial que define al cliente lo diferencia de la parte del contrato en caso de suscribirse el mismo y permite situar la aplicación de las normas de conducta y el momento de nacimiento de la relación jurídica precontractual cuando esa persona comience el proceso de información y contactos previos a la posible contratación (incluso en la posición pasiva de receptor de publicidad sobre un producto de seguros). Una definición de ese tipo en nuestra normativa permitiría dar carta de naturaleza a la normativa de conducta y señalar al sujeto objeto de protección. Junto a esa protección de la persona individual en proceso de contratación se situaría la protección

²³³ *Vid. Article 1:1: Definitions: “issuer: any person who has issued negotiable securities or intends to issue such securities”, Part I General part, Chapter 1.1 General provisions. Section 1.1.1 Definitions. Financial Supervision Act (Wet op het financieel toezicht – Wft), consultese en: <http://www.dutchcivillaw.com/financialsupervisionact.htm>*

del buen funcionamiento del mercado a través de la correcta formación de la voluntad del contratante en el período precontractual.

Visto lo anterior, como una presentación general al tema, resulta necesario hacer una reflexión sobre el elemento subjetivo al que se dirigen tanto la Directiva IDD como el Reglamento PRIIP, que definen todo un marco de conducta en la generación del contrato. Es decir, analizaremos en qué medida el destinatario de la norma está suficientemente perfilado en ambas normas comunitarias.

Nos referimos al elemento subjetivo “pasivo”, es decir el cliente, objeto de la protección que despliegan ambas normas.

Efectivamente, ambas normas se justifican o justifican un gran número de sus preceptos en la protección que merecen los clientes destinatarios de los productos.

La idea de una protección mínima y armonizada se contiene en un gran número de los Considerandos de la Directiva IDD, que alterará el término “consumidor” con “cliente”, “inversor” e incluso “cliente profesional” a lo largo de sus Considerandos, si bien, como veremos, en el articulado prevalecerá el término “cliente”.

Un enfoque diferente ofrece el Reglamento PRIIPs, en el que la norma se justifica por la necesidad de ofrecer una protección adicional al “inversor minorista” que adquiere los productos incluidos en su ámbito.

1. EL “INVERSOR MINORISTA” EN EL REGLAMENTO PRIIPs

No obstante la aparente claridad en cuanto a la configuración del “inversor minorista” en el Reglamento, éste parece discurrir en torno a dos tipos de elementos subjetivos desde el momento mismo en el que fija su elemento objetivo. Y esto porque el objeto del Reglamento lo forman dos tipos de productos:

1. Los productos de inversión minorista vinculados; y
2. Los productos de inversión basados en seguros.

En este sentido parece que el legislador comunitario se siente cómodo cuando define al inversor minorista en lo que concierne a los instrumentos financieros, mientras que no perfila claramente el sujeto de los productos de inversión basados en seguros cuando define el inversor minorista en este tipo de productos.

Así, el artículo 4 6) del Reglamento establece una doble definición de “inversor minorista”;

- La primera se configura en torno al régimen que la Directiva MIFID 2 (artículo 4, apartado 1, punto 11) establece para el cliente minorista, que, a su vez, lo define como todo cliente que no es profesional. El concepto de cliente profesional resulta de aplicar el contenido del Anexo II de la Directiva citada, el cual se basa en un

criterio de presunción de conocimiento para ciertas instituciones públicas o privadas y en una renuncia a la protección que la Directiva concede al cliente no profesional tras demostrar el cumplimiento de una serie de condiciones, criterios y procedimientos que garanticen la idoneidad para calificarse como cliente profesional.

- La segunda es la que se aplica a los productos de inversión basados en seguros, o al menos así se deduce al utilizar como normativa de remisión la Directiva 2002/92/CE sobre la mediación de los seguros, y que desarrollamos a continuación.

1.1. El inversor minorista a efectos de los productos de inversión basados en seguros

El artículo 4 6) b) lo define como “*...un cliente a efectos de la Directiva 2002/92/CE, siempre que no tenga la condición de cliente profesional según la definición del artículo 4, apartado 1, punto 10 de la Directiva 2014/65/UE...*”.

La técnica utilizada parte de una genérica concepción de “cliente”, la cual no está definida en la Directiva citada en primer lugar, descansando, por lo tanto, en el más elaborado régimen de la Directiva MIFID 2, por lo que en su virtud sería inversor minorista todo aquel que no es profesional en la clasificación de dicha MIFID 2.

No es aventurado realizar una corrección en el contenido del artículo citado para incluir la Directiva IDD, que sustituye a la Directiva 2002/92/CE, la cual entraría en vigor en febrero de 2018. Pues bien, la Directiva IDD no define los elementos subjetivos diferentes de los distribuidores (es decir, los clientes, entendido en sentido amplio) a los que van dirigidas las normas en ella contenidas, si bien del articulado se puede deducir que se aplica diferente régimen jurídico en virtud de su pertenencia a cada uno de estos tres grupos;

- Cliente de un seguro no contenido en la categoría de grandes riesgos;
- Cliente de un seguro dentro de la citada categoría de grandes riesgos; y
- Cliente de un producto de inversión basado en seguros (“IBIP”).

Nos ocupamos ahora del sujeto al que van dirigidas las normas del Reglamento PRIIPs sobre productos de inversión basados en seguros.

En su virtud, y como dijimos, dada la ausencia de definición de cliente de la Directiva IDD, será la normativa MIFID 2 la que definirá el inversor minorista en el marco de los IBIPs.

En consecuencia, será inversor minorista de un IBIPs aquel que no tenga la condición de cliente profesional en la Directiva MIFID 2. Es decir, el criterio para ser sujeto del nivel de protección que el Reglamento PRIIPs despliega es el que informa la Directiva MIFID

2, es decir, una presunción de conocimiento y experiencia en virtud de la pertenencia a un determinado grupo de clientes, o bien una voluntad de desprotección, o de conversión en inversor no minorista con arreglo a un proceso con garantías para el cliente²³⁴.

2. EL CLIENTE EN LA DIRECTIVA DE DISTRIBUCIÓN DE SEGUROS

La Directiva de Distribución de seguros (“IDD”) comparte una doble finalidad como norma comunitaria:

1. La ordenación de una actividad empresarial en el marco de un mercado único, recogiendo así el testigo de las antiguas Directivas sobre el tema *[Directiva 77/92/CEE y 2002/92/CE]*, preocupadas por “...facilitar el ejercicio efectivo de la libertad de establecimiento y de la libre prestación de servicios para las actividades de agente y corredor de seguros...” *[Considerando (2) de la Directiva 2002/92/CEE]*; y
2. Garantizar la protección del consumidor de manera efectiva *[Considerando (10) de la Directiva IDD]* y de una forma armonizada en todo el ámbito de la Unión Europea, mejorando la protección que ya inició la Directiva citada 2002/92/CEE, y ampliándola a las relaciones de los clientes con las entidades aseguradoras en su tarea de distribución directa de seguros.

A lo largo del articulado y de los Considerandos de la Directiva, se utilizan indistintamente los términos “cliente” o “consumidor”, si bien la razón de proteger a una de las partes implicadas en las relaciones de distribución se basa en la competencia de la Unión Europea, compartida con los Estados en cuanto a la protección de los consumidores *[artículo 4 f) del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea]*.

²³⁴ *Vid.* Artículos 192 a 194 de la Ley 6/2023, de 17 de marzo, de los Mercados de Valores y de los Servicios de Inversión, que establece la clasificación de los diferentes tipos de clientes: Artículo 192. Clases de clientes: A los efectos de lo dispuesto en este Título, las empresas de servicios de inversión clasificarán a su clientela en minoristas, profesionales y contrapartes elegibles. Igual obligación será aplicable a las demás empresas que presten servicios y actividades de inversión respecto de la clientela a la que presten u ofrezcan dichos servicios. La categoría de contraparte elegible solo resulta aplicable en relación con el servicio de recepción y trasmisión de órdenes, ejecución de órdenes por cuenta de terceros o negociación por cuenta propia y los servicios auxiliares directamente relacionados con estos. Esta categorización no es posible cuando se presten servicios distintos de los anteriores como es el caso de gestión de carteras y asesoramiento. Artículo 193. Clientes minoristas: Se considerarán clientes minoristas todos aquellos que no sean profesionales. Artículo 194. Clientes profesionales: 1. Tendrán la consideración de clientes profesionales aquellos a quienes se les presuma la experiencia, conocimientos y cualificación necesarios para tomar sus propias decisiones de inversión y valorar correctamente sus riesgos. 2. Reglamentariamente se determinarán los tipos de clientes que tendrán en todo caso la consideración de cliente profesional.

Visto el indistinto uso que la Directiva IDD hace de los dos términos (“cliente” y “consumidor”), a lo que se añade la ausencia de una definición de estos en su articulado, cabe preguntarse si esa falta de sistemática es o no resultado de una deficiente técnica legislativa o tiene un carácter intencionado. En nuestra opinión, el legislador comunitario es consciente de que los sujetos protegidos y los grados de protección de los mismos difieren según las jurisdicciones, por lo que la concreción de esos conceptos debe dejarse a los Estados Miembros. Así, el propio ordenamiento español contempla distintos grados de protección a quienes son parte adherente en un contrato que contiene condiciones generales según se ostente o no la condición de consumidor. Así, a título de ejemplo, el artículo 8.2 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de condiciones generales de la contratación, contempla la nulidad de las condiciones por su carácter abusivo en los contratos celebrados con consumidores.

Frente a esta posible discordancia entre los Estados Miembros acerca de la definición de los sujetos protegidos, la Directiva IDD utiliza un concepto propio de derecho comunitario para diferenciar esos grados de protección, cuando se refiere a los “grandes riesgos”. El propio artículo 2.1 16) recuerda su definición, remitiéndose a la contenida en el artículo 13, punto 27 de la Directiva 2009/138/CE (Directiva “Solvencia II”)²³⁵

El artículo 25 de la IDD es claro al excluir a los seguros de grandes riesgos de las obligaciones derivadas del gobierno y supervisión de los productos (“POG”) que el citado precepto establece, por lo que se entiende que los tomadores de ese tipo de seguros deben adoptar una posición activa en el proceso de contratación, ya que la no aplicación de dicho artículo obliga al cliente a autoevaluarse en cuanto a la adecuación del producto a sus circunstancias, ya que no existe un mercado objetivo para el mismo. Hay, pues, una presunción del legislador en suponer que este tipo de seguros bien son diseñados para las necesidades del cliente, o bien éste dispone de la capacidad suficiente para conocer sus necesidades de cara a ser cubiertas por el seguro. No obstante, y a pesar, de lo mencionado

²³⁵ Según el artículo 13, punto 27 de la Directiva 2009/138/CE, a efectos de la presente Directiva, se entenderá por “grandes riesgos”: “a) los riesgos clasificados en los ramos 4, 5, 6, 7, 11 y 12 de la parte A del anexo I; b) los riesgos clasificados en los ramos 14 y 15 de la parte A del anexo I, cuando el tomador ejerza a título profesional una actividad industrial, comercial o liberal y el riesgo se refiera a dicha actividad; c) los riesgos clasificados en los ramos 3, 8, 9, 10, 13 y 16 de la parte A del anexo I, siempre que el tomador supere los límites de al menos dos de los criterios siguientes: i) un balance total de 200 000 EUR en activos; ii) un volumen de negocios neto, en el sentido de la Cuarta Directiva 78/660/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1978, basada en la letra g) del apartado 3 del artículo 54 del Tratado y relativa a las cuentas anuales de determinadas formas de sociedad (30), de 12 800 000 EUR; iii) Un número medio de 250 empleados durante el ejercicio]. Si el tomador del seguro forma parte de un grupo de empresas para el que se elaboran cuentas consolidadas con arreglo a lo dispuesto en la Directiva 83/349/CEE, los criterios establecidos en el párrafo primero, letra c), se aplicarán sobre la base de las cuentas consolidadas. Los Estados miembros podrán añadir a la categoría mencionada en el párrafo primero, letra c), los riesgos asegurados por asociaciones profesionales, empresas en participación o agrupaciones temporales”.

en la IDD, el cliente quedaría bajo la protección que le confiere la Ley de Condiciones Generales de la Contratación en la medida en la que el contrato contuviera ese tipo de cláusulas no negociadas individualmente con el asegurador [“*Son condiciones generales de la contratación las cláusulas predisueltas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos*”, según dice el artículo 1.1 de la Ley].

Esa misma protección se le otorgaría al tomado en seguros de grandes riesgos a pesar de que el artículo 22.1 de la IDD le exime al distribuidor de la obligación de facilitar la información contenida en los artículos 18 (“*Información general que deberá proporcionar el intermediario de seguros o la empresa de seguros*”), 19 (“*Conflictos de intereses y transparencia*”) y 20 (“*Asesoramiento y normas aplicables en las ventas sin asesoramiento*”). En este sentido, se deduce que el legislador concibe al tomador en este tipo de riesgos como capaz de informarse de todos los elementos que integran el contrato y la relación con el distribuidor, incluidos los elementos que pudieran suponer la existencia de un conflicto de interés, remuneraciones.... No obstante, esto no supone al distribuidor eximirse de sus deberes de lealtad con el cliente, ya que el artículo es plenamente aplicable en cuanto obliga al distribuidor a actuar “en beneficio de los intereses de sus clientes”. Habría que preguntarse si el distribuidor queda eximido de su obligación de respetar las exigencias y necesidades del cliente, contempladas en el artículo 20.1, si bien cabe deducir que incluso en el seguro de grandes riesgos existe esa obligación, la cual directamente resulta de lo previsto en el artículo 17 ya citado. Sobre la posibilidad de prestar asesoramiento a este tipo de clientes, una interpretación literal del 22.1 nos llevaría a preguntarnos si es o no posible, ya que esta actividad se refiere a las relaciones de lealtad con el cliente más que a la información a suministrar. En suma, el régimen para los grandes riesgos limitaría las obligaciones de información por parte del distribuidor, pero no otros deberes derivados de la operación de venta.

3. CONSUMIDOR Y TOMADOR EN EL SEGURO DE GRANDES RIESGOS

Como ya hemos dicho, la Directiva IDD utiliza una categoría propia del Derecho comunitario para diferenciar los diferentes grados de protección del contratante de una póliza de seguro. Con ello el legislador comunitario quiere plantear la existencia de un seguro “empresarial” frente a otro “de consumo”, en función del perfil del contratante. Este perfil nos trasladaría a un ámbito experto, como lo hace la propia Directiva cuando se remite al Reglamento PRIIPs, definiendo el concepto de cliente de un producto IBIP. El carácter experto del tomador de un seguro de grandes riesgos vendría de su carácter de empresa, es decir, de integrarse el seguro en una actividad empresarial. Si bien esto es lo que parece más lógico, la categoría de seguros de grandes riesgos no se define en función del carácter experto o no del tomador, sino en función del riesgo que se cubre, sin fijar un

requisito general sobre la condición del tomador. Tal configuración del ámbito subjetivo es cuando menos objetable, y ha sido cuestionado por el regulador español, dado que, aplicado a la imperatividad o no de las normas sobre contrato de seguro, se aleja de los criterios que definen la condición de consumidor en el ámbito comunitario, llegando incluso a que en algunos riesgos contenidos en esa categoría el tomador pudiera ostentar la condición de tal consumidor (por ejemplo, mercancías transportadas o equipajes) *[Propuesta de bases para la reforma de la Ley de Contrato de seguro. Febrero 2008. Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones]*.

Por otra parte, el concepto de consumidor de la legislación comunitaria lo vemos definido en la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, según la cual sería consumidor “*toda persona física que, en los contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional*”.

Por tanto, el criterio de los grandes riesgos no obedece a un criterio de finalidad o ubicación de la operación de seguro en el marco del ejercicio de una actividad empresarial, sino a un criterio de riesgos asumidos por empresas de cierto tamaño o en el ejercicio de una actividad empresarial (en el caso de los seguros de crédito y caución), que trae causa en las Directivas comunitarias de segunda generación, por las que se identifican los tipos de seguros que podrían beneficiarse de la libre prestación de servicios y de la libertad de establecimiento, seguros en los que la protección del supervisor nacional sobre el tomador se estimaba que debía ser más débil por el perfil empresarial de dicho tomador. Con ello se iniciaba el camino hacia un mercado único de seguros, preparando el sistema de licencia única de las Terceras Directivas. En suma, no se orientó la distinción en torno a la protección del consumidor de seguros.

Volviendo a la técnica de la Directiva IDD, la aplicación del criterio de los seguros de grandes riesgos para definir los grados de protección del cliente tiene una debilidad adicional en la medida en la que la categoría de grandes riesgos se proyecta exclusivamente en ciertos ramos de los seguros No Vida, por lo que no se distinguiría entre distintos niveles de protección en función del perfil del contratante en los seguros de Vida en sus distintas modalidades, como puede ocurrir en caso de seguros colectivo contratados por empresas para cubrir los riesgos de su personal, clientes,...

En suma, creemos que la Directiva ha utilizado el concepto de grandes riesgos como señal de la existencia de distintos grados de protección, pero dejando la puerta abierta a los Estados Miembros para que en el proceso de transposición acoten mejor el elemento

subjetivo en función de los perfiles de los tomadores de los seguros, siendo el criterio más lógico el que define al consumidor frente al que no lo es²³⁶.

4. CONCLUSIONES

1. Las normas comunitarias se dirigen hacia la defensa del consumidor, con arreglo a las competencias que le atribuye el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Cuando regula los mercados de instrumentos financieros, la protección del inversor se traduce en la utilización del término “inversor minorista” como categoría asimilable a la idea de consumidor;
2. El elemento subjetivo de estas normas que tiene como objeto la protección de la parte considerada débil en el contrato financiero se mueve entre los términos “inversor minorista”, cliente en general, o tomador o asegurado en un contrato de seguro sobre un riesgo de masa, para configurar el destinatario de las reglas de conducta, que rigen incluso antes de la conclusión del contrato;
3. En el Reglamento PRIIPs la idea del inversor minorista define el elemento subjetivo al que se dirige, si bien utiliza el término “cliente” como concepto más genérico, lo que denota la prevalencia del “marco MIFID” en este Reglamento;
4. En la Directiva IDD la utilización de los términos cliente y consumidor indistintamente estimamos que es intencionada, con el fin de que cada Estado Miembro despliegue la protección a los sujetos que, conforme a su ordenamiento nacional, estime conveniente;
5. La Directiva IDD utiliza el consagrado concepto “grandes riesgos”, nacido de las Segunda Directivas de seguros de los años 80 del pasado siglo, para excluirlos de la aplicación de un gran número de normas protectoras del tomador o asegurado (Gobierno de productos, información, asesoramiento,...), por lo que estarían amparados por ellas, a “sensu contrario” tomadores y asegurados que no tiene la condición de consumidores como sujetos que no utilizan el servicio financiero en el marco de una actividad económica o empresarial.

²³⁶ En el ordenamiento español, la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario amplía la protección subjetiva al conceptualizar como prestatario “...*toda persona física que sea deudor de préstamos que estén garantizados mediante hipoteca sobre bienes inmuebles de uso residencial o cuya finalidad sea la adquisición o conservación de terrenos o inmuebles construidos o por construir...*”, sin exigirle la condición de consumidor (art. 4. Definiciones, Ley 5/2019).

CAPÍTULO NOVENO. LA RECEPCIÓN DEL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA EN LOS “UNIT LINKED”

1. INTRODUCCIÓN

Hemos visto como punto de partida en la regulación del contrato de seguro en el Derecho español, caracterizado por dos ámbitos en los que la protección del asegurado se desplegaba: una a través de la Ley de Contrato de Seguro y otra a través de la normativa prudencial, que recoge lo que obligaban las Directivas de seguros con la finalidad no sólo protectora de los asegurados, sino también ordenadora del mercado en aras de un funcionamiento conforme a las exigencias del Mercado Único.

En segundo lugar, se han expuesto cómo dos normas, la denominada IDD y el Reglamento PRIIPs cambian el paradigma de herramientas para proteger a los asegurados, instaurando un sistema que corre paralelo al de la Ley de Contrato de Seguro, pero que abarca todo el proceso de contratación, entendido como tal no sólo el previo a la prestación del consentimiento sino el derivado de la propia existencia del contrato, consolidando la naturaleza de trato sucesivo de la relación contractual, en la medida en que el deber de diligencia que exige a los operadores (entidades y mediadores)

1.1. Positivación del principio de transparencia

El profesor Orduña Moreno ha manifestado²³⁷ la necesidad de que el principio de transparencia sea positivizado. En este sentido, y con relación al contrato de seguro, en el

²³⁷ Sobre la relevancia del principio de transparencia en la contratación, como una de las bases modernas del “mercado asegurador”, contratación y competencia *vid.*, ORDUÑA MORENO J., “La protección jurídica del consumidor y del cliente en el mercado asegurador conforme a la primacía del derecho de la unión europea: una perspectiva sistemática y transversal desde el principio de transparencia”,

ordenamiento español disponemos de dos normas reguladoras del contrato, cada una de las cuales pertenece a disciplinas jurídicas que se asignan a ramas diferentes del Derecho (Derecho público y Derecho privado). Por una parte, las recogidas en la Ley de Contrato de Seguro, norma de Derecho Privado, en cuyo artículo 3 se recogen una serie de reglas que afectan a la transparencia informativa, donde figuran los requisitos de incorporación, como son la exigencia de claridad y precisión de las condiciones generales, así como los especiales requisitos de aceptación para las cláusulas denominadas limitativas. Por otro lado, la normativa de supervisión (Ley y Reglamento de Ordenación y Supervisión de seguros) regula asimismo el contenido de la información precontractual que con carácter mínimo debe proporcionarse al cliente. Por lo tanto, si consideramos la propuesta del profesor Orduña Moreno sobre la positivación del principio de transparencia, en el contrato de seguro la transparencia sería el resultado de cumplir los requisitos previstos en los dos citados cuerpos normativos, tanto los puramente considerados como de Derecho Privado como los de derecho de supervisión prudencial²³⁸. La jurisprudencia del TJUE nos muestra como las normas de las Directivas y Reglamentos comunitarios despliegan sus efectos en la vida del contrato.

2. APPLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA A LOS UNIT LINKED

El Reglamento “PRIIPs” supuso, como hemos visto, la aplicación del marco MIFID a un conjunto de contratos de seguro en los que, paradójicamente, el tomador asume un riesgo, lo cual contradice la idea de este tipo de contratos como de cesión o transferencia de riesgos. De este modo se consagra una categoría de productos cuyos contratos tiene un elemento de complejidad y una naturaleza mixta (inversión-seguros) en los que se materializan las exigencias derivadas de la transparencia y en las que su régimen jurídico se alimenta de los enfoques del “ámbito MIFID” junto con lo que en la normativa prudencial comunitaria se previó para los seguros de vida.

Este Reglamento regula uno de los principales medios de defensa del consumidor-inversor, ya consagrado en otras normas comunitarias, como es el formato estándar de información precontractual, dirigido a un “cliente medio”, como refuerzo de la transparencia. La IDD y la reforma propuesta por la Directiva “Ómnibus” de 24 de mayo de 2023 completarán las herramientas, definidas por la consideración de los conflictos de

Diario La Ley, núm. 10099, 2022, pp. 1 y ss. En esta línea, a tenor de la organización del I Congreso sobre el Principio de Transparencia en la contratación, *vid.* <https://confi/legal.com/20210216-javier-orduna-la-transparencia-es-un-valor-que-cambia-las-cosas-para-bien-de-la-sociedad/>

²³⁸ A este respecto, el artículo 76 del Real Decreto 2486/1998, de 20 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Ordenación y Supervisión de seguros privados ya disponía en su párrafo 2 que “...la póliza de seguro será redactada de forma que sea de fácil comprensión”.

interés, el asesoramiento, la valoración de la idoneidad y el refuerzo de los elementos clave del objeto del contrato (riesgos, costes, rendimientos previstos...).

En todo ello vemos, pues, un alejamiento de dichos instrumentos del régimen de la Ley de Contrato de Seguro, aunque está dentro de su ámbito de aplicación²³⁹, consolidando un patrón de protección que descansa en normas cuya efectividad exige de la intervención administrativa a través de las autoridades de supervisión prudencial o de conducta. Así lo ponen de manifiesto el gran número de Directrices que deben dictar las Autoridades Europeas de Supervisión, interpretando los términos contemplados en la legislación comunitaria²⁴⁰.

Previamente a la consolidación normativa del régimen aplicable a este tipo de productos, los pronunciamientos del TSJUE han sido numerosos y han servido en parte para definir cómo es interpretado por la justicia comunitaria el concepto transparencia cuando, a falta de una regulación común sobre este tipo de productos, se le presentaban conflictos que resolver en los que el núcleo se centraba en la posición del tomador-inversor en el contrato.

En consecuencia, este Capítulo tratará de cómo este ámbito jurisdiccional se ha enfrentado a este tipo de conflictos, a través del examen de algunas sentencias, que giran en torno al denominado “unit linked”, término genérico que trata de unificar los diferentes tipos de productos en los que el tomador se somete al resultado de una “cesta” o conjunto de valores o instrumentos financieros de referencia. El mantenimiento de coberturas de tipo propiamente asegurador (fallecimiento, supervivencia...) hace que se incardine en los productos aseguradores, pero con una vocación claramente inversora. Resulta también de interés examinar los poderes de intervención que el reglamento PRIIPs da a las autoridades de supervisión con relación a estos productos, debiendo ponerlos en conexión con lo previsto en el artículo 3 de la Ley de Contrato de Seguro y en la normativa de supervisión tanto actual como anterior.

En este sentido, la reforma de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación y de la Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios, introduciendo la nulidad de las cláusulas incorporadas de forma no transparente, se aplica al Contrato de Seguro, con lo que obliga a completar el marco normativo aplicable, rediseñando el concepto de transparencia aplicable al contrato de seguro.

²³⁹ *Vid.* Artículo 83 a) 1, segundo párrafo Ley del Contrato de Seguro.

²⁴⁰ Desde la complejidad de un producto hasta en el futuro el “value for money” de un producto de este tipo.

Previamente nos detendremos en cómo el ordenamiento español ha reconocido este tipo de productos, utilizando una denominación ambigua en función de la norma que lo recogiera.

3. APLICACIÓN LOS PRODUCTOS DE INVERSIÓN BASADOS EN SEGUROS EN LA NORMATIVA ESPAÑOLA: DE LOS SEGUROS A CAPITAL VARIABLE A LOS SEGUROS EN LOS QUE EL TOMADOR ASUME EL RIESGO DE INVERSIÓN

La Disposición Adicional Primera (“Ramos de seguro”) de la Ley 30/1995 de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados²⁴¹ en su punto 2. A a) incluye dentro de los seguros de vida a todas las modalidades de este “*cuando estén vinculados con fondos de inversión*”. El artículo 37 (“*Provisión de seguros de vida cuando el tomador asume el riesgo de la inversión y asimilados*”) del Real Decreto 2486/1998, de 20 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados ya introduce la denominación que será mantenida en sucesivas normas jurídicas. Como vemos, se trata de regular una cuestión de carácter técnico, ya que las provisiones que debían dotarse en este tipo de productos exigían un cálculo diferente en la medida en que había una transferencia del riesgo de inversión al tomador, reduciéndose este para la entidad aseguradora. Dicho reglamento caracteriza a estos productos como aquellos en los que “*...contractualmente se haya estipulado que el riesgo de inversión será soportado íntegramente por el tomador...*”. Con eso se abre al mundo asegurador la puerta a la existencia de un tipo específico de contrato de seguro con unas características en principio contrarias a su naturaleza de instrumento para la transferencia de riesgos. En un ejercicio de confusión terminológica, el artículo 105 (“*Deber particular de información en el caso de los seguros sobre la vida*”), en su punto 1 j) se habla de “*contratos de capital variable*”, utilizando un término sin significado en el ámbito asegurador español y que puede presumirse que procede de la versión francesa de la Directiva²⁴² en su Anexo III, tratándose de un tipo de contrato de seguro reconocido por el Código de seguros frances (Code des assurances)²⁴³

²⁴¹ Posteriormente recogido en el artículo 6.2. A, a) del Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados.

²⁴² *Vid.* Artículo 185 Directive 2009/138/CE relativo a la información para los asegurados (Informations à l'attention des preneurs d'assurance) apartado 3, h) “*énumération des valeurs de référence utilisées (unités de compte) dans les contrats à capital variable*”.

²⁴³ *Vid.* Sección VI, artículos L160.1 a L160.20 [Titre VI: Dispositions diverses relatives aux contrats d'assurance et de capitalisation (Articles L160-1 à L160-20)] Disponible en: https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006073984/1976-12-29

Esta incongruencia terminológica se mantendrá en la legislación en vigor, en el artículo 96.3 de la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras. (“*seguros de vida en que el tomador asume el riesgo de la inversión*”) con respecto a lo establecido en el artículo 124 (“*Deber particular de información en los seguros de vida*”) del Real Decreto 1060/2015, de 20 de noviembre, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras, que en su punto 1 h) vuelve a mencionar “los contratos de capital variable”, abundando en el error terminológico cuando los puntos 4 y 5 mencionan los seguros en los que el tomador asume el riesgo de inversión²⁴⁴.

En la Ley de Contrato de Seguro este tipo de productos tendrán reconocimiento por la Ley 34/2003, de 4 de noviembre, de modificación y adaptación a la normativa comunitaria de la legislación de seguros privados²⁴⁵, que en su artículo segundo (“*Modificaciones de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro*”) introducirá el nuevo artículo 83 a) estableciendo la facultad unilateral del tomador de resolver un contrato de seguro de vida, exceptuándola para los “*los contratos de seguro en los que el tomador asume el riesgo de la inversión, así como los contratos en los que la rentabilidad garantizada esté en función de inversiones asignadas en los mismos*”.

En suma, la legislación vigente contiene una figura (“contratos de capital variable”) sin contenido, mientras que en la Ley de Contrato de seguro se introduce el contrato asimilable a los “unit linked” solamente con la intención de establecer una excepción al derecho de resolución en el seguro de vida, sin establecer una conceptualización de este tipo de seguro a efectos de la normativa contractual. La jurisprudencia española se ha proyectado principalmente a tratar de establecer su naturaleza por razones tributarias, dada su utilización como vehículo de inversión al que le es aplicable el régimen fiscal de los seguros de vida, así como a fijar en qué medida le es aplicable la normativa de la ley del Mercado de Valores al enfocar las relaciones entre empresa y cliente²⁴⁶, pues las

²⁴⁴ La STJUE de 31 de mayo de 2018 (asunto C-542/16) lo denominará, en la traducción española, “*seguro de vida de capital*”.

²⁴⁵ BOE núm. 265, de 5 de noviembre de 2003.

²⁴⁶ Un conjunto de sentencias dictadas entre 1998 y 2008 dictaminaron que el riesgo biométrico no existía, y que no se llevaba a cabo ni siquiera el reconocimiento médico propio de los seguros de vida. Otras sentencias estiman aplicable la Ley del Mercado de Valores para determinar la información a suministrar al cliente, declarando la nulidad del contrato por error en el consentimiento prestado (STS de 10 de septiembre de 2014 -460/2014- y STS de 12 de enero de 2015 -769/2014-), si bien no discuten su naturaleza aseguradora (asimismo la STS 64/2018, de 6 de febrero), mientras que la STS de 12 de enero de 2015 declara la nulidad del contrato como de seguro por carecer de técnica actuarial, aplicando lo establecido en la entonces vigente Ley 30/1995 de ordenación y supervisión de seguros privados (artículo 24.3). La STS de 20 de febrero de 2019 (110/2019), también al tratar de un unit link, lo caracteriza como contrato de seguro, basándose en el tenor de las condiciones generales de la contratación, que establecen una garantía

normas de información al cliente que recogía el artículo 105 del Reglamento de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados aprobado por Real Decreto 2486/1998, de 20 de noviembre no cubría la complejidad de estos productos con un fuerte componente de inversión²⁴⁷.

Por lo tanto, sin un concepto de este tipo de seguros en la Ley del Contrato su régimen jurídico se establece a través del Reglamento PRIIPs, y el denominado producto de inversión basado en seguros (IBIP) como género en el que caben distintas figuras, pero fundamentalmente el “unit-linked”. En la medida en que la intención fundamental de la Ley de Contrato de seguro es la protección del asegurado, parte débil del contrato, en este tipo de seguros se aplicará un régimen totalmente ajeno a dicha norma. Las prescripciones sobre estos IBIPs se complementarán con las normas de la IDD con el efecto de que la eficacia de los mecanismos de protección del asegurado-inversor residirá en la aplicación por las autoridades administrativas de este conjunto normativo en lo que se denomina “derecho de conducta”. El proceso de desprivatización de esta parte del derecho del contrato de seguro se consolida y abrirá la puerta para que las técnicas de protección que se contienen en las normas citadas se extiendan también a los otros seguros.

El carácter mixto (de seguros y de inversión) que presentan de este tipo de productos refuerza la posición de debilidad del cliente, dada la complejidad que presentan y los riesgos que conlleva, por lo que ha permitido que el TJUE se haya pronunciado sobre el alcance que debe darse al concepto de transparencia al aplicarse a los mismos, lo que se trata en el siguiente epígrafe, reconociendo su carácter de contrato de seguro de vida²⁴⁸.

de fallecimiento, estimando aplicable la Ley de Contrato de Seguro; en concreto su artículo 20. No menciona para su calificación lo previsto en la Ley de Ordenación del seguro.

²⁴⁷ Sólo el artículo 105.1 j) Real Decreto 2486/1998 establecía: “*En los contratos de capital variable, definición de las unidades de cuenta a las que están sujetas las prestaciones e indicación de los activos representativos*”.

²⁴⁸ STJUE de 1 de marzo de 2012 (asunto C-166/11) y STJUE de 31 de mayo de 2018 (asunto C-542/16)

3.1. El unit linked en su confusa naturaleza²⁴⁹

Vista la normativa aplicable a estos denominados “seguros en los que el tomador asume el riesgo de inversión”, los tribunales han dudado en determinados momentos sobre la naturaleza jurídica de los unit linked, subespecie de estos, entre caracterizarlos como instrumento financiero o como contrato de seguro. De una lectura de las sentencias emitidas en diferentes momentos, se aprecia que los dilemas jurisprudenciales sobre la naturaleza del unit linked (prescindiendo de lo que la normativa fiscal o propia del Derecho de sucesiones pueda establecer) surgen de los conflictos creados en torno a la posición jurídica del asegurado-inversor en el contrato, como parte débil del mismo y necesitada de una protección especial. Si bien se ha utilizado la construcción en torno a los vicios del consentimiento, por ausencia de información sobre los riesgos o sobre la naturaleza financiera del contrato, otras líneas jurisprudenciales han ido por la idea de considerar aplicables los requisitos de transparencia que las MIFID crearon sin entrar en la clasificación de estas operaciones como contratos de seguro o no.

²⁴⁹ La *Revista Española de Seguro* dedica un Monográfico a los seguros unit linked, al que denomina como “Libro Blanco”. Se abarcan todos los temas que este especial contrato ha desencadenado en la doctrina, en la jurisprudencia y en otros ámbitos del Derecho, como el Derecho Fiscal, el de Sucesiones, además de en la propia labor asesora de la abogacía más práctica. En concreto, M. YZQUIERDO TOLSADA dedica un epígrafe a la naturaleza de este tipo de seguros, mostrando como la jurisprudencia comunitaria y nacional han oscilado en cuanto a calificar este producto como seguro o como instrumento financiero. La STJUE de 1 de enero de 2012 (Asunto C-166/11) estima que es un seguro, y que está incluida en los ramos de seguros de Vida previstos en las Directivas. En otros casos, se ha considerado que no era un seguro por ausencia de riesgo o de “riesgo significativo” (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Baleares, de 4 de octubre de 2011) y ser el ahorro “la base esencial del negocio”. La STS de 12 de marzo de 2015 niega el carácter de seguro al unit linked por ausencia de riesgo y de base técnica actuaria. Junto a la utilización como argumento de la falta de elementos técnico-aseguradores en los contratos para calificarlos de seguro, otras sentencias se aproximan al ámbito de la protección del asegurado para optar por la nulidad por vicio en el consentimiento. YZQUIERDO TOLSADA, M., “Seguros “unit linked” y Derecho de Sucesiones”, *Revista Española de Seguros*, núm. 176, 2018, pp. 507 y ss. Ya se han citado las SSTS de 10 de septiembre de 2014 (460/2014) y la de 12 de enero de 2015 (769/2014). En la primera el unit linked se considera un seguro instrumental de un contrato de gestión de carteras, por lo que se anula por error invalidante en el consentimiento en los contratos de inversión, al no informar de los riesgos del producto y no cumplir los requisitos de transparencia establecidos por la Ley del Mercado de Valores. En la segunda, se concibe el unit linked como un contrato de inversión complejo, anulándose por vicio en el consentimiento por no suministrar el banco que comercia el producto la información precisa, que no sólo es la de medicación de seguro, sino también la propia del mercado de valores. La estructura creada no debe ocultar la naturaleza financiera del producto. Con ellos el Tribunal Supremo anticipa la existencia del diseñador del producto (“manufacturer”) que recogerá la Directiva de Distribución de Seguros. La STJUE de 31 de mayo de 2018 (Asunto C-542/16) será definitiva en el sentido de reconocer el carácter de seguro de vida al unit linked y aplicarle como régimen de transparencia lo previsto en la modificada Directiva de mediación de seguros por la Directiva MIFID II, que añade unos requisitos adicionales de información a los productos de inversión basados en seguros. A remarcar que la sentencia citada se refiere a los unit linked como “contratos de seguro de vida de capital”.

Lo anterior nos muestra como la existencia de estos productos, complejos en su estructura y mixtos en su causa (aseguradora y financiera) ha puesto a prueba el sistema de transparencia aplicable a los contratos de seguro con una evolución jurisprudencial que anticipa la necesidad de aplicar el entorno MIFID a la transparencia exigida para finalmente quedar plasmado en la nueva regulación sobre los requisitos de información y comercialización que se recogen en la Directiva de Distribución de Seguros y en el Reglamento PRIIPs. Esta “financiarización” de los unit linked acabará expandiéndose a otros productos de seguro, como veremos en las conclusiones de este trabajo. Será el triunfo de la “mejor ejecución” para todos los contratos de seguro. En este sentido, los unit linked son una manifestación del carácter innovador del mercado, pues su naturaleza mixta y compleja tendrá como efecto provocar la reacción del legislador y tensar los principios en los que se basa la normativa aplicable (Ley de Contrato de Seguro y legislación prudencial). Igualmente, el legislador comunitario tendrá la ocasión de manifestar su voluntad y su orientación a la hora de determinar los parámetros sobre los que girará la normativa de protección del consumidor financiero en el ámbito del Mercado Único.

4. APROXIMACIÓN A LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA (TJUE) SOBRE LA TRANSPARENCIA EN LOS UNIT LINKED

4.1. Sentencia del TJUE de 24 de febrero de 2022 [asuntos acumulados C-143/20 y C-213/20]

Esta sentencia muestra la posición comunitaria sobre este tipo de productos:

- la necesidad de transparencia que debe exigirse en los mismos; y
- las pautas acerca de la categorización de los seguros unit linked como contratos de seguro.

Asimismo, y abundando en la concepción de la transparencia para este tipo de contratos, se enfrenta a la problemática de los seguros de grupo, definiendo los deberes relacionados con la transparencia informativa para este tipo de seguros.

4.1.1. Elementos fácticos de los casos resueltos

Los dos casos planteados presentan un denominador común centrado en la reclamación que plantean los asegurados de un seguro de vida colectivo vinculado a un fondo de inversión, contrato que la sentencia denominará como “unit linked” a lo largo de toda su extensión.

La causa de la reclamación se encuentra en la posible información deficiente de las características básicas del contrato. En la medida en que este tipo de contratos tiene en las inversiones subyacentes y sus características el elemento principal de los mismos, la petición de los reclamantes en los procedimientos abiertos por los órganos

jurisdiccionales polacos se centra en la necesidad de que se valore si la información suministrada en la fase precontractual fue o no suficiente para que el cliente pudiera formar un juicio de cara a la contratación.

En ambos casos nos encontramos con este tipo de seguros en los que se ofrecen capitales garantizados en caso del evento de fallecimiento y en los que el tomador asume el riesgo de la inversión, además de recibir el valor de rescate en función del precio de mercado de los activos subyacentes si efectúa dicho derecho de rescate antes del vencimiento del contrato, que se fija en plazos superiores a 10 años.

Como nota común los clientes ejercitaron el derecho de rescate antes del término establecido en el contrato, debiendo asumir unas pérdidas que redujeron de forma significativa el capital aportado en forma de primas.

En el proceso de contratación habían recibido información sobre los productos, si bien los clientes consideran, una vez vistas las pérdidas en las que han incurrido, que esa información no era adecuada para formarse una idea de los riesgos en los que incurrián, dado que, en su opinión no se informó adecuadamente sobre las características de los activos en los que se materializaban los fondos de inversión subyacentes.

De este modo se plantean los antecedentes de hecho, en virtud de los cuales los clientes estiman que los defectos en la información suministrada conllevan la nulidad de las declaraciones de adhesión a los contratos de seguro de grupo preexistentes.

4.1.2. *Elementos jurídicos del debate*

La intervención del Tribunal de Justicia de la Unión Europea procede, lógicamente, de su competencia, debido a la existencia de Directivas comunitarias que se ocupan de los hechos controvertidos.

Común a cualquier reclamación que se dirime ante el Tribunal Europeo, el Derecho interno aparece como el primer recurso al que acuden los tribunales nacionales en busca de una solución al conflicto. En el presente caso, merece la pena resumir la situación desde el punto de vista del derecho polaco con arreglo al contenido del párrafo 54 de la sentencia, en la que el órgano jurisdiccional polaco expone que el Derecho nacional “*no ofrece una base jurídica que permita declarar la invalidez de esta relación jurídica por la eventual constatación del incumplimiento de [la] obligación de información...*” . Así, se resumen los medios que el Derecho polaco ofrecería en una situación de falta de información, que pasarían por probar una incompatibilidad del acto jurídico con la Ley o bien demostrar la existencia de un vicio en el consentimiento, sometida a requisitos muy estrictos (plazo de ejercicio de la acción y relación de causalidad entre el error y el contenido del acto jurídico). En consecuencia, los órganos jurisdiccionales polacos dirigen las cuestiones prejudiciales al Tribunal Europeo sobre la base de conocer en qué

medida las Directivas comunitarias en las que se regulan los derechos del tomador en el contrato de seguro pueden aplicarse a los supuestos de hecho planteados. Las preguntas que se someten al Tribunal abarcan varias cuestiones, que se refieren a la aplicación de las Directivas, a las obligaciones de los tomadores en los contratos de seguros de grupo o a las características de los contratos “unit linked”, pero sobre todo, y este es el eje del debate, a las consecuencias de la infracción de las normas sobre transparencia en la información precontractual que debe facilitarse a los consumidores, en este caso a los asegurados de una póliza colectiva de seguros de vida referenciado a fondos de inversión (“unit linked”). Se examinarán las distintas preguntas planteadas y se hará hincapié en las argumentaciones que sirven para resolverlas en cada caso.

4.1.3. *Marco legal comunitario examinado*

Las normas comunitarias que están en juego en esta sentencia, muy influidas por las fechas en las que producen los hechos, las cuales determinan las que son de aplicación al caso son:

1. Las Directivas referidas a la supervisión prudencial de las entidades de seguros. Tales normas han establecido desde su temprana formulación una serie de obligaciones de transparencia que configuran un derecho de información mínimo al tomador o asegurado que supone un mínimo armonizado a nivel comunitario. Así, debido a que el asunto tiene por objeto un tipo de contrato de seguro de vida²⁵⁰, se entiende aplicable la Directiva 2002/83/CE sobre seguro de vida. Por razón de la fecha en la que se producen los hechos enjuiciados, la Directiva 2009/138/CE (conocida como “Directiva Solvencia II”) no sería aplicable, la cual reproduce los requisitos de información precontractual de la Directiva 2002/83. En la contestación a las diferentes preguntas planteadas se analizará el contenido y alcance de tales obligaciones de información. Conviene remarcar la justificación que el Considerando (52) de la Directiva hace del establecimiento de estos deberes de información. La protección y la promoción del mercado interior y la mejora de la competencia son las bases que explican la necesidad de unos deberes de información mínimos que van a permitir a los consumidores a beneficiarse de las ventajas de ese mercado. También se menciona el ámbito y la forma que afectan a ese deber informativo: las características esenciales de los productos por un lado y la claridad y la precisión por otra. El artículo 36 se referirá de nuevo a la necesaria comprensión por el tomador de los “*elementos esenciales del compromiso*”. La configuración de la transparencia pre y contractual como un

²⁵⁰ En base al artículo 2.1 a y b y del Anexo I de la Directiva 2002/83/CE, el seguro unit linked, que es objeto de la sentencia, sería un seguro de vida (para caso de vida, de muerte, mixto, con contraseguro, de “nupcialidad”, de natalidad o de renta, vinculados a fondos de inversión).

componente de la buena fe y como un pilar del sistema jurídico y económico del Derecho de la Unión Europea hace que la información pre y contractual exceda el mero ámbito de la relación individual empresa y cliente para ser un elemento de ese Derecho comunitario. Igualmente es de reseñar la mención del Considerando (44) al reconocer que no es preciso una armonización del derecho del contrato de seguro para que el mercado interior de los seguros pueda realizarse, lo que confirma que la materia regulada por la Directiva, en este caso la información a facilitar al consumidor excede de la materia propia del Derecho Privado.

2. Directiva 2002/92/CE regula la actividad de mediación de seguros, siendo en este asunto clave para conocer los deberes que asisten a dichas mediadores de cara a proveer a los consumidores de la adecuada información sobre sus contratos. Dado que los hechos se desarrollan en seguros colectivos en los que el papel del tomador se asemeja al de un mediador esta Directiva es objeto de atención a la hora de afrontar las preguntas planteadas;
3. Directiva 2004/39/CE relativa a los mercados de instrumentos financieros (“MIFID 1”), que posteriormente sería reformada por la Directiva 2014/65/UE (“MIFID 2”). En el caso examinado se menciona la primera por ser la que estaba en vigor en la fecha de los hechos.
4. Directiva 2005/29/CE, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior. La aplicación de esta Directiva en este caso reviste una gran importancia porque introduce un ámbito que, en vía de principio, es propio del Derecho Privado de seguros (al tratar de la posición jurídica del cliente o consumidor en el contrato de seguro) una perspectiva propia de funcionamiento del mercado, pues ciertas prácticas tiene el efecto de alterarlo, debido a que uno de los operadores en el mismo (el consumidor) ve reducida su capacidad de elección correcta por distorsiones en la información recibida. Al entender aplicable esta Directiva se pasa de una perspectiva individual (el concreto consumidor en un contrato determinado) a una general, en donde los intereses jurídicos en juego tienen un carácter colectivo. Así, las condiciones que regulan los contratos se convierten en un factor de trascendencia colectiva examinado desde una óptica de la defensa de intereses públicos.

4.1.4. Examen de las cuestiones prejudiciales y su resolución

Dado que los Casos examinados presentan una gran multiplicidad de temas, se examinará cada una de las cuestiones planteadas y la argumentación utilizada por el Tribunal europeo para su resolución.

Primera cuestión prejudicial en el asunto C-213.- Gira en torno a la aplicación de la información prevista en la Directiva 2002/83 al consumidor (asegurado) que se adhiere a

un contrato de “seguro colectivo de vida de capital variable”²⁵¹ vinculado a un fondo de inversión. Al existir un tomador que suscribe el seguro en nombre colectivo y un asegurado adherente la duda del órgano jurisdiccional remitente se centra en saber si esos requisitos de información precontractual mínima se deben respetar en el caso del seguro colectivo y qué sujeto está obligado a satisfacer a obligación derivada de los mismos.

La sentencia trata de centrar la cuestión terminológica cuando afirma que en lo sucesivo se va a hablar de “contratos unit-linked”, por lo que el Tribunal de Justicia reafirma la existencia de esta categoría, abarcando un tipo genérico de contrato de seguro de vida²⁵². En el Considerando 65 se describe el funcionamiento del contrato a través de varios elementos:

1. Conversión de las primas en fondos de inversión (“unidades de cuenta”);
2. Inversión de estos en instrumentos financieros, que determinan el valor de dichas unidades de cuenta (activos representativos de este tipo de contratos);
3. Compromiso de abonar al asegurado-consumidor prestaciones derivadas de riesgos biométricos (muerte o supervivencia);
4. Reembolso del valor actualizado de las participaciones del fondo de inversión si se concluye el contrato sin haberse producido el evento biométrico previsto.

Posteriormente la sentencia hablará de “forma de inversión financiera basada en el seguro”, con lo que se aproxima al término previsto en el Reglamento PRIIPs (“productos de inversión basados en seguros”), además de recordar (apartado 76) que los contratos unit-linked están incluidos en el ámbito de aplicación de la Directiva.

Fuera de la discusión terminológica mencionada, lo que se discute en esta cuestión prejudicial es cómo caracterizar el término “tomador del seguro” a efectos de dar un tratamiento armonizado a las obligaciones de información, no dejando a los ordenamientos nacionales la concreción y el alcance de este término. Con base en la lectura de varios considerandos y precepto de la Directiva, el Tribunal identifica al destinatario de las normas de la Directiva de una forma amplia, en el sentido de que el hecho de ser asegurado y no tomador o contratante no debe interpretarse de forma restrictiva en cuanto al reconocimiento de derechos. Toda la norma comunitaria gira en torno a la protección de los derechos de las partes del contrato consideradas dignas de protección. En el caso de un seguro de grupo o seguro colectivo el asegurado acepta la propuesta que le ofrece el tomador y debe servirse de forma igualitaria de la protección ofrecida por la Directiva, asumiendo los derechos típicos previstos en el contrato y deviniendo parte de una relación de seguro con la empresa aseguradora en las mismas

²⁵¹ La traducción al español de la sentencia utiliza el término, que ya hemos reseñado como confuso, que se contiene en la normativa española derivada de la norma comunitaria.

²⁵² STJUE de 1 de marzo de 2012 (asunto C-166/11).

condiciones que el tomador. Con arreglo a esa posición jurídica debe recibir la información contemplada en la Directiva. En consecuencia, se produce una cadena de obligaciones de información, en el sentido de incumbir a la empresa de seguros proporcionar a la tomadora la información prevista en la Directiva y a ésta el hacerlo al consumidor que se adhiere al seguro de grupo. Y todo ello respetando no sólo el contenido de las informaciones previstas en la norma, sino también respetando los requisitos de forma, en el sentido de que dicha información debe ser clara, precisa y comprensible para los consumidores.

La importancia de esta interpretación se basa en que en cierta medida se reconoce que la persona del destinatario en un seguro colectivo define y enmarca las obligaciones de información de la empresa aseguradora. El hecho de que el asegurado pase a ser parte del contrato con posterioridad al contrato original entre la empresa de seguros y el tomador empresario no reduce o limita las obligaciones de información previstas en la Directiva. En caso contrario se iría contra la finalidad de esta y se iría contra el “efecto útil” que persigue.

Mención aparte merece el contenido del apartado 87 de la sentencia en donde se caracteriza la posición jurídica del tomador en este contrato como “intermediario de seguros”, ejerciendo una actividad de mediación de seguros, si bien en el siguiente apartado hace mención a la remuneración que recibe dicho tomador como elemento que le cualifica como tal mediador.

4.1.5. *Cuestiones prejudiciales primera y segunda en el asunto C.143/20 y segunda y tercera en el asunto C-213/20*

Estas cuestiones tratan de concretar los términos contenidos en la Directiva 2002/83 en lo que concierne a la extensión de los deberes de información que se aplican a estos contratos unit-linked. Como veremos, se trata de precisiones terminológicas de difícil solución. Pero, además, y esto es muy relevante, pretende el órgano jurisdiccional remitente obtener una posición del Tribunal europeo sobre la aplicación de la Directiva “MIFID 1” para suplir o completar las deficiencias, a su juicio, en cuanto al contenido del deber de información relativo a los activos en los que se materializan los fondos de inversión en los que se materializan las primas del contrato.

Bajando al detalle, la normativa aplicable al caso se encuentra en el contenido del Anexo III, letra A, incisos a.11 y 12 de la Directiva 2002/83, que cuando se refieren a los “contratos de capital variable” piden como piezas de información tanto la “*enumeración de los valores de referencia utilizados (unidades de cuenta)*” como “*indicaciones sobre la naturaleza de los activos representativos de los contratos de capital variable*”.

La controversia radica en estimar que esta información puede ser insuficiente de cara a obtener por el cliente un conocimiento completo del producto si nos atenemos

exclusivamente el tenor literal del precepto indicado. Se discute si debería contener una exposición exhaustiva de los riesgos que llevan asociados estos activos, dando como opción para decidir por parte del Tribunal europeo si procede o no extender a los unit-linked los requisitos de información contenidos en la Directiva 2004/39 (“MIFID 1”), cuyo artículo 19.3, y a la hora de informar a los clientes sobre los instrumentos financieros, se debe incluir les debe incluir “*orientaciones y advertencias apropiadas acerca de los riesgos asociados a las inversiones en esos instrumentos o en relación con estrategias de inversión particulares*”.

La interpretación que ofrece el Tribunal europeo se basa en dos conjuntos de argumentaciones:

- Las que rechazan la aplicación de la Directiva MIFID 1 al supuesto planteado;
- Las que desarrollan la información que debe facilitarse al consumidor con base en las características del producto.

No aplicación de la MIFID 1. - En un puro ejercicio de aplicación de la seguridad jurídica en el ámbito de la aplicación del Derecho europeo de los mercados financieros, el Tribunal rechaza esta aplicación por entender que nos encontramos ante un ámbito puramente asegurador, por lo que aplicar la MIFID 1 implicaría someter a la misma “*a personas expresamente excluidas*” por ella. Asimismo, y desde el punto de vista objetivo, los unit-linked no se entienden comprendidos entre los servicios de inversión, por lo que también por esa vía se excluyen de la MIFID 1. Para concluir, la sentencia reafirma el carácter diferenciador de este producto cuando afirma que es percibido por el consumidor como algo diferente de otras formas de inversión (apartado 97).

Información que facilitar. - La conclusión a la que llega el Tribunal europeo, resolviendo así las cuestiones prejudiciales planteadas, se dirige a reconocer un derecho amplio de información sobre los productos unit-linked objeto de la controversia principal, no limitándose a una interpretación restringida a lo previsto en la literalidad de la norma comunitaria aplicable, es decir, la Directiva 2002/83. Los componentes de la argumentación presentada giran en torno a las siguientes ideas:

- El componente “inversión” en el seguro unit-linked es básico a la hora de que el cliente se adhiera al contrato, teniendo un impacto directo en los rasgos clave que definen el contrato. En suma, la inversión y sus características forman parte de la esencia del contrato, determinando la decisión del consumidor. Sería, pues, un elemento esencial del mismo (“*objeto principal del contrato*”), en el sentido que se recoge en el artículo 4 de la Directiva sobre cláusulas abusivas de (Directiva 93/13) los contratos celebrados con los consumidores. Con base en ello, la sentencia despliega toda una serie de argumentos relacionados con el concepto comunitario de transparencia.

- Visto que las características de las inversiones se insertan en el objeto del contrato, como hemos adelantado, el Tribunal amplía el concepto de “tipo de instrumentos financieros” para adoptar una interpretación teleológica, es decir, el objetivo perseguido por la Directiva y el contexto en el que se inserta el precepto, que no es sino permitir que los clientes que pretendan adherirse a un contrato de este tipo puedan llevar a cabo una decisión informada, con arreglo a unos datos precisos y objetivos que den una imagen clara y precisa de las características esenciales del producto. Con ello la sentencia recoge la doctrina sobre transparencia informativa que la Corte europea ha ido desarrollando a lo largo de los últimos años;
- En todo caso la interpretación propuesta gira en torno al denominado “efecto útil” de las Directivas, por lo que también estimar que hay que informar sobre las características de los activos representativos, lo que implica una descripción clara, precisa y comprensible de su naturaleza económica y jurídica. De esta forma se amplía, y con arreglo a la finalidad de la normativa comunitaria, lo previsto en la Directiva;
- El apartado 101 de la sentencia debe destacarse en la medida en que, siguiendo la doctrina de la jurisprudencia europea sobre la transparencia, en el sentido de que se unen la concepción subjetiva de la misma, al hablar de que las indicaciones contenidas en la Directiva deben dirigirse a que el consumidor pueda elegir el producto más adecuado a sus necesidades, pero también debe ser indicaciones “objetivamente necesarias” para llevar a cabo esa elección. Es decir, la transparencia que se persigue, y así se interpreta, tiene un componente objetivo adicional a la comprensión a la que haya llegado el destinatario. A resaltar que el Abogado General en sus conclusiones se refiere a que las demandas de los clientes deben ponderarse “*bajo el prisma objetivo de la necesidad*”.

En consecuencia, se responde a las cuestiones prejudiciales planteadas en el sentido de ampliar el contenido del término “indicaciones sobre la naturaleza de los activos representativos” a las características esenciales de esos activos, lo que incluye la naturaleza económica y jurídica de los mismos y sus riesgos estructurales. Igualmente, se rechaza que la información contenida en la Directiva MIFID 1 deba utilizarse para suplir los defectos en la información contenida en la Directiva de seguros sobre la vida. En suma, la sentencia, dictada sobre la base de una normativa ya derogada anticipa lo que ya el Reglamento PRIIPs impone al regular el contenido del documento KID.

4.1.6. Cuestión prejudicial cuarta del asunto C-213/20

Esta cuestión prejudicial tiene interés en cuanto el punto que se debate es cómo integrar la información prevista en la Directiva en el proceso de formación del contrato hasta su perfección a través de la declaración de la voluntad del consumidor. El tribunal polaco pregunta si una disposición nacional que sólo se refiriera a la necesidad de incluir dicha

información en el contrato sin referirse a cuándo y cómo facilitarla al consumidor se opone al Derecho comunitario. En suma, se plantea un tema que se relaciona con el derecho que rige los contratos de seguro, dado que en vía de principio las normas que lo rigen deberían prever cuáles son los pasos que llevan al tomador a aceptar la proposición de seguro, tal como lo prevé la Ley de Contrato de seguro española (artículo 6).

Por lo tanto, lo que se debate en esta cuestión es un examen sobre cómo las normativas nacionales han regulado la forma de cumplir con la obligación de información establecida en la Directiva. Advirtiendo la sentencia que la Directiva no pretende llevar a cabo una armonización total de los contratos de seguro, ésta sólo habla de que dicha información ha de comunicarse “antes de la celebración del contrato de seguro”. Con base en esa genérica expresión, el juicio del tribunal europeo acerca de si la reglamentación nacional respeta la Directiva se centra en examinar si la misma cumple el “efecto útil” de la Directiva. En este sentido, la lógica que aplica la sentencia lleva a exigir que el consumidor disponga de un tiempo oportuno antes de que se produzca su adhesión al contrato; sólo en ese caso se consigue la finalidad de la Directiva. “Tiempo oportuno” es el criterio que ha de manejarse para enjuiciar que esa finalidad se ha cumplido.

Procede un comentario general sobre esta parte de la sentencia en torno a dos puntos:

- Si se puede considerar que la no disposición a tiempo en el proceso precontractual de la información de referencia implica una infracción al deber de transparencia;
- Remarcando cómo las legislaciones comunitarias posteriores a la Directiva 2002/83 (Directiva de Distribución, Reglamento PRIIPs) se ocupan de regular de forma precisa el momento de la puesta a disposición de la información precontractual, tanto en las normas de Nivel 1 como incluso en las Directrices de Nivel 3. La elaboración de estas Directrices en materia de evaluación de la idoneidad, por ejemplo, o en torno a las preferencias de sostenibilidad de los inversores confirman la idea de cómo los deberes de transparencia se dejan cada vez menos a los principios comunitarios o a la normativa nacional y se regulan de forma muy detallada, en busca de esa “transparencia objetiva”.

4.1.7. Cuestión prejudicial quinta en el asunto C-213/20

Esta cuestión trata también de examinar la adecuación del derecho nacional al efecto útil perseguido por la Directiva y se refiere a las posibles consecuencias que un incumplimiento del deber de información podría conllevar, concretándolo con respecto al surgimiento o no del derecho al reembolso de las primas abonadas (derecho de renuncia del artículo 35 de la Directiva 2002/83), en cuanto tal incumplimiento lleve aparejada la nulidad del contrato.

El Tribunal europeo sigue en este tema sigue su línea de no interferir en los efectos que los derechos nacionales establezcan sobre el contrato de seguro si se incumple el deber de notificar la información precontractual. No obstante, se subraya por la sentencia la importancia trascendental para la formación de la voluntad del consumidor que tiene conocer las características de los activos representativos en un contrato unit-linked, llegando a mencionar en el apartado 125 que “*el cumplimiento incorrecto de dicha obligación de información puede viciar su consentimiento para quedar vinculado por el referido contrato*”. Se subraya, así, como las consecuencias económicas del contrato, o su funcionamiento obliga al legislador y al juzgador a ser muy riguroso en los juicios que emita en el enjuiciamiento de cada contrato.

Por fin, el Tribunal contesta a la cuestión argumentando que hay que evaluar si la normativa nacional permite el ejercicio del derecho de desistimiento, pudiendo deducirse que la instancia europea entiende que dicho derecho tiene una finalidad sancionatoria que no debe ser limitada por una articulación en la normativa nacional que le haga inoperante en la práctica. Más adelante se trata la doctrina del TJUE al abordar las consecuencias de no informar o informar incorrectamente del derecho de renuncia en caso de los seguros de vida, derecho reconocido por las Directivas de seguros (STJUE de 19 de diciembre de 2019).

4.1.8. Cuestiones prejudiciales cuarta a sexta en el asunto C-143/20

Finaliza la sentencia con el pronunciamiento sobre la aplicación de la Directiva 2005/29, relativa a las prácticas comerciales desleales, al supuesto de hecho, en el sentido de constituir una omisión engañosa la falta de comunicación de la información de la Directiva 2002/83 al adherente en un contrato unit-linked. Con ello se abre la cuestión a un nuevo marco jurídico caracterizado por la amplitud de su ámbito de aplicación, como así lo reconoce la sentencia. Así, se menciona que la Directiva gira en torno al amplio concepto de “producto”, que no excluye ningún tipo de actividad o sector, además de abarcar toda la actividad comercial, pre y poscontractual, siempre que tenga como destinatarios a los consumidores. Se trata de una norma que comparte los objetivos de la Directiva 2002/83 y otras en cuanto a la protección de los consumidores y la defensa de un mercado interior en el que rija la confianza entre los operadores.

La sentencia analiza los elementos que concurren en el asunto para que los hechos puedan incardinarse en los supuestos regulados por la Directiva de competencia desleal. Su argumentación define los siguientes elementos:

- El supuesto de hecho examinado (adhesión del consumidor a un contrato unit-linked con una empresa de seguros y con un tomador de la póliza colectiva) entra dentro de las actividades de las empresas realizadas con carácter profesional;

- La práctica comercial que se examina y que entraría en el concepto de “práctica comercial engañosa” cumple los dos requisitos necesarios: la omisión de una información sustancial que el consumidor medio necesita para decidir sobre una determinada transacción “cono conocimiento de causa” y el efecto de dicho engaño, es decir, que el consumidor tome una decisión que de otra manera no hubiera tomado;
- La omisión engañosa también se produce si el comerciante oculta información sustancial o ésta se ofrece de manera poco clara, ininteligible, ambigua o en un momento no adecuado. Procede subrayar cómo este argumento refleja lo que de forma objetiva cualifica la falta de transparencia;
- La información contenida en la Directiva 2002/83 sobre los activos que integran los fondos de los unit-linked se considera sustancial. De este modo la conjunción de ese carácter esencial junto con la omisión de la información que se une a la protección reforzada que debe proporcionarse a los consumidores por la complejidad de los productos vinculados a los servicios financieros lleva al Tribunal a concluir que nos encontramos ante una omisión engañosa;
- No debe aplicarse la cláusula de exclusión prevista en la Directiva 2005/29 (artículo 3.4). Este argumento tiene una gran importancia por cuanto la Corte europea ve compatible aplicar las normas sobre competencia desleal y sobre información a los asegurados al supuesto planteado, sin que la ley especial (información en seguros) lleve a la no aplicación de la ley general (acciones desleales). Sólo si las normas especiales establecieran reglas incompatibles con las de competencia operaría la cláusula de exclusión por lo que no sería un supuesto acogido al ámbito de la Directiva 2005/29, lo cual no se aprecia por el Tribunal europeo. Incluso se menciona la complementariedad de la norma sobre seguros y la de competencia desleal por no regular la primera las consecuencias jurídicas de su incumplimiento.

Como consecuencia, resolviendo esta cuestión prejudicial, la Corte europea abre la puerta para que la falta de comunicación al consumidor de la información prevista en la Directiva 2002/83 pueda constituir una omisión engañosa en el marco de la Directiva sobre competencia desleal.

Sobre esta última cuestión, debe observarse cómo las obligaciones de transparencia obtienen un respaldo con esta sentencia como parte de una buena fe general que debe regir como parte básica del funcionamiento del mercado, es decir, se resalta la objetividad de las obligaciones de transparencia, en la línea ya consagrada en la jurisprudencia comunitaria. Al mismo tiempo, y en el fondo subrayando lo anterior, la sentencia se refiere a un consumidor medio como referente a la hora de calificar una práctica como omisión engañosa. La tendencia del legislador comunitario al diseño de documentos normalizados sobre ciertos productos de seguro o de pensiones nos muestra como este

enfoque se plasma en la regulación, dando cuerpo al carácter objetivo de las obligaciones de transparencia.

4.1.9. Conclusiones principales derivadas de la sentencia

1. El punto de partida es como se pueden concretar las obligaciones de información precontractual en este tipo de productos sobre la base de una normativa que pude calificarse como incompleta como es la contenida en la Directiva 2009/138 (“Solvencia II”), la cual no recoge sino los deberes de información de las Directivas precedentes sobre seguro de vida²⁵³, no preparadas para afrontar la complejidad de este tipo de productos “mixtos”. La propia legislación polaca tampoco da respuestas a esas necesidades de información. En el fondo se trata de dar contenido a la necesaria transparencia informativa;
2. La mención entre las normas a considerar de la Directiva 2005/29/CE, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, por lo que da al derecho de información y a la transparencia exigible una finalidad que trasciende al contrato individual para proyectarse a una finalidad de defensa del mercado y sus reglas;
3. Al dar los elementos esenciales del “unit-linked” en el Considerando 65 de la sentencia permite establecer un concepto de este tipo de contrato;
4. La aplicación de las exigencias de información previstas en la MIFID 1, no aplicando un principio de estricta tipicidad normativa (la Directiva sobre seguros de Vida) permite deducir que existiría un principio general aplicable a las exigencias de transparencia de todos los contratos en los que se identifica una posición de debilidad del cliente y que excede los ámbitos subjetivos de las normas sectoriales;
5. Incide en la finalidad de la transparencia exigida, que excede los requisitos normativos para buscar que la información proporcione una descripción clara, precisa y comprensible de la naturaleza económica y jurídica del contrato, así como de los riesgos que conlleva para el cliente. Se aparta así de la posición por la que se trata de valorar la comprensión del sujeto y de sus posibles vicios del consentimiento para objetivar las exigencias de transparencia;
6. Se complementa la necesidad del suministro de la información necesaria con el elemento temporal; en concreto se menciona el “tiempo oportuno” como parte del deber de transparencia. Las normas comunitarias recogerán en lo sucesivo este requisito de disponibilidad de la información, que se encuentra

²⁵³ Directiva 92/96/CEE del Consejo, de 10 de noviembre de 1992, sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al seguro directo de vida, y por la que se modifican las Directivas 79/267/CEE y 90/619/CEE (tercera Directiva de seguros de vida).

en la base de los preceptos de la Ley de Contrato de Seguro al regular la proposición y la solicitud de seguro;

7. El fundamento de la sentencia, que es la cantidad y profundidad de la información a suministrar ha sido un “leit motiv” de la normativa comunitaria posterior, a través del instrumento de defensa del consumidor que es el establecimiento modelos de información normalizada (IPID, KID, KII...), que adquiere la condición de mínimo armonizado y que cubre ese vacío legal que obliga a realizar interpretaciones sobre la necesidad del consumidor con una visión “objetiva” (la del “consumidor medio”).
8. El Tribunal declara que es compatible la aplicación a un mismo supuesto de la Directiva sobre Competencia Desleal y las normas correspondientes a la información precontractual con lo que a nuestro juicio vincula la finalidad de ambos cuerpos normativos con el buen funcionamiento del mercado. Las carencias en la información suministrada a los consumidores excederían el ámbito de las relaciones empresa-cliente para constituirse en un elemento distorsionador del mercado. El uso reiterado por el TJUE de las normas sobre competencia desleal a la hora de pronunciarse en asuntos sobre el suministro de información confirma esta línea jurisprudencial.

4.2. Sentencia del TJUE de 29 de abril de 2015 (asunto C-51/13)

Referida a la aplicación del derecho neerlandés a un contrato que podría calificarse como “unit linked” (“seguro de vida en el que el valor acumulado a la fecha de cese del seguro no está garantizado, sino que depende de los resultados de las inversiones, con cobertura de fallecimiento del tomador”). Dicha normativa nacional se aparta de la normativa comunitaria (Punto A del Anexo II de la Directiva 2002/83/CE sobre el seguro de vida), al exigir más información que la de la norma europea. La cuestión por debatir se centra en que los tribunales neerlandeses estiman que se había cumplido con la información adicional exigida, pero se habría infringido lo previsto en las “normas abiertas y/o no escritas” del Derecho neerlandés, que incluyen la obligación de diligencia de la empresa aseguradora, la buena fe precontractual así como la razón y la equidad. El tribunal remitente pregunta si esas “normas abiertas” pueden regir las relaciones entre empresario asegurador y tomador, y el Tribunal europeo estima que las normas nacionales deben ser claras en cuanto a la información exigida y estar basadas en el cumplimiento de lo previsto en la Directiva.

Con ello, el TJUE trata de evitar que el carácter armonizador de las normas comunitarias se quiebre por interpretaciones abiertas o arbitrarias de las normas nacionales, por lo que el efecto de la Directiva de crear unas mismas condiciones (“level playing field”) no se lograría. En suma, esta sentencia pone de manifiesto que la defensa de los intereses del tomador a través del suministro de una información precontractual armonizada persigue el doble objetivo de la protección, por una parte, y del favorecimiento de un Mercado

Único. En torno a esa finalidad es por lo que las normas comunitarias sobre competencia desleal son aplicadas en un gran número de resoluciones del Tribunal europeo, confirmando lo que ya se ha manifestado en este trabajo sobre la doble función de la transparencia en los contratos que nos ocupan y su posible transformación o evolución desde la defensa del consumidor hacia un principio de funcionamiento de la economía basada en el ordenamiento que rige la Unión Europea²⁵⁴

4.3. Sentencias del Tribunal Supremo

El Tribunal Supremo se pronunció de forma taxativa acerca de la aplicación del control de transparencia en su Sentencia de 14 de julio de 2015 (nº 402/2015) cuando en el Fundamento de Derecho Tercero [6] afirma: “*En todo caso, y con carácter general, conviene recordar que el control de transparencia, tal y como ha quedado configurado por esta Sala (SSTS de 9 de mayo de 2013 y 8 de septiembre de 2014), resulta aplicable a la contratación seriada que acompaña al seguro, particularmente de la accesibilidad y comprensibilidad real por el asegurado de las causas limitativas del seguro que respondan a su propia conducta o actividad, que deben ser especialmente reflejadas y diferenciadas en la póliza*”. La cuestión que se dilucidaba lo era en torno a las cláusulas limitativas y de delimitación del riesgo, tema muy recurrente en la doctrina y jurisprudencia españolas.

En materia de productos más complejos, con rasgos no cubiertos por la Ley de Contrato de seguro, mencionaremos la Sentencia de 12 de enero de 2015 (Nº 769/2014), que se refiere a un seguro de vida unit linked en el que se aprecia un error vicio en el consentimiento sobre la base de que no se ofreció la adecuada información sobre elementos esenciales del producto, por lo que cabe deducir que la voluntad se ha formado a través de una creencia inexacta “*y que la entidad del incumplimiento de los deberes de información hace a la demandante (el cliente) merecedora de tutela jurídica*”. Se considera como elemento esencial del producto los riesgos que le afectaban, lo cual interesa en cuanto a que en la jurisprudencia sobre contratos de préstamo hipotecario se considera como elemento esencial (“causa de contratar”) el interés, esto es, el precio del producto. La sentencia parte de la idea de que este contrato de inversión sometido a la normativa de valores. A fecha de esta sentencia no estaba en vigor el Reglamento (UE) no 1286/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de noviembre de 2014 sobre los documentos de datos fundamentales relativos a los productos de inversión minorista vinculados y los productos de inversión basados en seguros, que establece esta última categoría de “productos de inversión basados en seguros”, donde se ubicaría el unit

²⁵⁴ Recordamos la posición del profesor J. ORDUÑA sobre las bases dogmáticas del control de transparencia. *Vid. ORDUÑA MORENO J., “La protección jurídica del consumidor y del cliente en el mercado asegurador conforme a la primacía del derecho de la unión europea: una perspectiva sistemática y transversal desde el principio de transparencia”, op. cit., pp. 1 y ss.*

linked. Igualmente, la sentencia obvia utilizar la categoría contemplada en la legislación de seguros de “seguros en los que el tomador asume el riesgo de inversión”. Y esto se explica por las carencias que esta normativa adolece sobre la regulación de estos productos, de forma que la sentencia estima que es aplicable la Ley del Mercado de Valores y no la Ley de Supervisión de Seguros Privados vigente en ocasión del contrato (La Ley 30/1995), en contra de la pretensión de la parte contraria.

En suma, parece que el tribunal juzgador se ve liberado de aplicar la legislación sectorial de seguros para dar cabida a un enfoque más amplio del principio de transparencia con base en la defensa de los intereses que este persigue. Ello respaldaría la posición doctrinal en torno a considerar el principio de transparencia como principio general no limitado por la naturaleza que la normativa especial da al contrato.

5. CONCLUSIONES

1. Como ya hemos visto, en el contrato de seguro la transparencia exigiría cumplir los preceptos tanto establecidos en la Ley de Contrato de Seguro (LCS) como en la normativa de supervisión prudencial;
2. Los instrumentos de defensa del asegurado-inversor del reglamento PRIIPs suponen un alejamiento de los previstos en la LCS, y abren la intervención de la Administración Pública como medio de garantizar su efectividad, en un claro proceso de desprivatización de este tipo de seguros;
3. A efectos de indagar sobre la idea general de transparencia de las jurisprudencia nacional y comunitaria se han examinado sentencias de ambos órdenes jurisdiccionales ante conflictos planteados sobre productos “unit linked” con anterioridad a la entrada en vigor del marco definido por el Reglamento PRIIPs y la Directiva IDD para este tipo de productos;
4. El Tribunal Supremo se pronunció de forma taxativa acerca de la aplicación del control de transparencia en su Sentencia de 14 de julio de 2015 (nº 402/2015) cuando en el Fundamento de Derecho Tercero [6] afirma: *“En todo caso, y con carácter general, conviene recordar que el control de transparencia, tal y como ha quedado configurado por esta Sala (SSTS de 9 de mayo de 2013 y 8 de septiembre de 2014), resulta aplicable a la contratación seriada que acompaña al seguro... ”*;
5. La normativa española sobre los denominados “contratos de seguro en donde el tomador asume el riesgo de inversión” adolece de falta de sistematización y presenta problemas terminológicos. La entrada en vigor del Reglamento PRIIPs no ha supuesto una actualización de la normativa española, ni de supervisión prudencial ni sobre el contrato de seguro, para adaptarla al nuevo marco legal;
6. La jurisprudencia del Tribunal Supremo en ocasiones ha aplicado un enfoque por el que busca una mayor protección del asegurado, en aras de una mayor

- transparencia informativa, a costa de aplicar la normativa sobre instrumentos financieros y no reconocer la naturaleza aseguradora del “unit linked”;
7. Por el contrario, la jurisprudencia del TJUE ha expresado un enfoque hacia una máxima protección del asegurado-inversor, reconociendo el carácter asegurador del producto. Para ello prescinde de las prescripciones del Derecho nacional y extiende el deber de transparencia informativa, independientemente de la existencia de normas comunitarias de seguros que contemplen la extensión de este deber.
 8. Así, la STJUE de 24 de febrero de 2022 (asuntos acumulados C-143/20 y C-213/20) expresa esta posición, que, sobre la base de reconocer la naturaleza aseguradora del “unit linked” aplica una concepción de transparencia en la que se utiliza la idea de buena fe exigible en el mercado, aunque el requerimiento informativo concreto no esté previsto en la legislación, nacional o comunitaria, aplicable. Para reforzar lo anterior se menciona como aplicable la normativa de competencia desleal, la cual va a contribuir a la definición de esa buena fe “objetiva” y abre un nuevo campo para instrumentar la defensa del asegurado;
 9. Igualmente, debe reseñarse que esta sentencia remarca cómo la defensa de los intereses del asegurado a través de la exigencia de transparencia tiene una doble finalidad: la protección de la posición de este en el contrato y la garantía del buen funcionamiento del mercado. Con ello la transparencia concebida como un principio general de funcionamiento del mercado queda explícita.

CAPÍTULO DÉCIMO. LA TRANSPARENCIA INFORMATIVA EN LA APLICACIÓN DE LAS DIRECTIVAS DE SEGUROS

1. LA TRANSPARENCIA EN LA DISTRIBUCIÓN DE SEGUROS PRIVADOS A TRAVÉS DEL REAL DECRETO- LEY 3/2020, DE 4 DE FEBRERO

En la medida en que traspone al ordenamiento español la Directiva de Distribución de Seguros, esta norma reproduce el sistema de la misma, que no descansa exclusivamente en el suministro de información al asegurado, sino que establece un conjunto de “líneas de defensa”, que suponen deberes para los distribuidores, con vistas a crear un auténtico derecho de conducta como garante de la defensa de los intereses del tomador:

- Requisitos en el diseño, aprobación y control de productos y en materia de gobernanza;
- Información previa general que facilitar a la clientela;
- Información y asesoramiento previo objetivo y personalizado basado en la información obtenida del cliente (venta informada y asesorada);
- Información adicional en la distribución de productos de inversión basados en seguros y para evitar los conflictos de interés;
- Conservación de los documentos de información precontractual y del proceso de contratación. Con esta exigencia se introduce un elemento de evaluación de la formación de la voluntad del tomador, como una vía para enjuiciar la existencia o no de posibles errores o vicios del consentimiento.

Este conjunto de exigencias constituye un bloque de protección de los intereses del asegurado que, si bien se suele calificar como normas de conducta, por la exigencia de un reforzado deber de diligencia de los distribuidores de seguros, no es sino la formulación del principio de transparencia como principio informador del ordenamiento jurídico, que ha superado el paradigma del suministro de información.

2. INTERPRETACIÓN DEL DERECHO DE RENUNCIA EN LOS SEGUROS DE VIDA POR EL TJUE: UN ENFOQUE SOBRE LAS CONSECUENCIAS DE DEFECTOS EN LOS DEBERES DE TRANSPARENCIA

En la sentencia que se expone a continuación, el juzgador europeo se enfrenta al conflicto que surge en torno a los efectos de la falta de notificación, o notificación defectuosa, de un derecho reconocido por las Directivas europeas al tomador del seguro. Se trata del derecho de desistimiento que asiste a dicho tomador en la contratación de la mayoría de los seguros de vida, y que ha acompañado todas las Directivas desde 1990. En el caso planteado por la resolución judicial el tipo de contrato que produce la controversia es un “seguro de vida vinculado a fondos de inversión”, por lo que de nuevo es el universo de los “unit linked” (entendido en un sentido amplio, semejante al de “productos de inversión basado en seguros” del Reglamento PRIIPs)

3. SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA DE 19 DE DICIEMBRE DE 2019

Esta sentencia resuelve, por acumulación, varios asuntos [C-355/18; C-356/18, C-357/18 y C-479/18] derivados de cuestiones prejudiciales planteadas por varios órganos jurisdiccionales austriacos, y gira en torno a la aplicación del precepto, contenido en las sucesivas Directivas sobre seguro de Vida, acerca del derecho de desistimiento o renuncia por parte del tomador en el “contrato de seguro de vida individual”.

Recogido por primera vez en la Directiva 90/619/CEE (“Segunda Directiva sobre seguros de Vida”), en un Considerando se reconoce este derecho de renuncia para ejercitarlo entre 14 y 30 días, sin que se dé otra justificación aparente que el hecho de tratarse de un seguro de vida suscrito en libre prestación de servicios.

La Tercera Directiva (Directiva 92/96), emitida en un contexto de reconocimiento mutuo y de culminación del mercado interior en materia de seguro directo de vida, introduce en su Considerando una visión “pro consumidor” que gira en torno a la necesidad de reforzar la información de la que debe disponer éste, con base en estos argumentos:

- Una mayor oferta de productos en un mercado único exige un mayor conocimiento para elegir adecuadamente conforme a sus necesidades;
- Una mayor competencia derivada del mercado único; y
- El hecho de que los compromisos derivados de estos contratos pueden ser de muy larga duración.

En consecuencia, se considera necesario unas medidas mínimas de coordinación (Directiva “de mínimos”) en materia de la información recibida por el consumidor, sobre la base de que, con claridad y precisión, se informe de las características esenciales de los productos propuestos.

Las sucesivas directivas que derogarán la precedente mantendrán la formulación de este derecho y su justificación. Así, la Directiva 2002/83/CE (Considerando 52) sobre el seguro de vida y la Directiva 2009/138/CE (“Solvencia II”). Ciñéndonos a esta última, su Considerando 79 mantiene la motivación de este derecho sobre la base de la mayor oferta que un mercado competitivo va a ofrecer al consumidor y modifica dos aspectos:

- Por un lado, desaparece la mención a la duración prolongada de los compromisos derivados de estos contratos, e
- Introduce la necesidad de que la información se suministre antes y durante todo el periodo de vigencia del contrato.

En suma, parece que el legislador comunitario pretende eliminar la confusión que la mención a la prolongada vida de los compromisos podría suponer de cara a delimitar el ámbito o justificación del derecho, por lo que la protección de la competencia y del mercado interior sería la base que lo justificaría y se extendería a todos los contratos de seguro individuales. Por otro lado, el hecho de reconocer un derecho a la información no sólo precontractual sino durante la vida del contrato anticipa el enfoque de la futura Directiva de Distribución de seguros a la hora de delimitar la obligación de suministro de información del distribuidor, sea mediador o entidad aseguradora.

Merece la pena referirse a la Directiva sobre contratos negociados fuera de establecimientos comerciales (Directiva 85/577/CE)²⁵⁵, que prevé también el derecho de renuncia y que lo fundamenta en la posición del consumidor en la negociación del contrato. Esta visión sería superada por la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011 sobre los derechos de los consumidores²⁵⁶, que mantiene el derecho, que regula con gran detalle y que fundamenta principalmente (Considerando 37) en un derecho de prueba. Si bien, las Directivas mencionadas no se

²⁵⁵ DIRECTIVA 85/577/CEE, de 20 de diciembre, del Consejo, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales. *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, de 31 de diciembre de 1985, L 372.

²⁵⁶ DIRECTIVA 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo. *Diario Oficial de la Unión Europea* de 22 de noviembre de 2011, L 304/64.

aplican a los servicios financieros, deben ponerse de manifiesto para encontrar la base del derecho de renuncia o desistimiento.

Volviendo a la vigente Directiva 2009/138 (Directiva “Solvencia II”), el derecho de renuncia se formula a través de dos artículos, abarcando los dos elementos que lo forman: la transparencia informativa y el derecho sustantivo.

Derecho de renuncia. - Bajo el epígrafe “Plazo de renuncia”, el artículo 185 configura este derecho en sus elementos principales:

1. Ámbito: Los contratos de seguro de vida individual;
2. Titular del derecho: el tomador del contrato;
3. Plazo para ejercitar el derecho: entre 14 y 30 días;
4. Comienzo del cómputo del plazo: desde que se informe al tomador de que se ha celebrado el contrato;
5. Efectos del ejercicio del derecho: liberación “*en lo sucesivo*” de las obligaciones derivadas del contrato;
6. Derecho nacional. - Se deja al derecho de los Estados Miembros establecer los efectos jurídicos y las “condiciones de renuncia”; en concreto se refiere la Directiva a las modalidades por las que se informará al tomador de que se ha celebrado el contrato. El legislador comunitario es consciente de que el derecho contractual de cada Estado Miembro puede albergar diferentes formas por las que se da por celebrado un contrato, por lo que deja al derecho nacional la concreción de este momento, bien con arreglo a las normas generales de derecho de los contratos, bien a posibles normas especiales aplicables al contrato de seguro.

Transparencia informativa. - Bajo el epígrafe “*Información a los tomadores*”, el artículo 185.3 j) establece como parte de la información precontractual a suministrar en un contrato de seguro de vida, con respecto del compromiso, “*las modalidades del ejercicio del derecho de renuncia*”, que debe ser formuladas “*de manera clara y precisa, y por escrito*” (artículo 185.6).

Sentadas las bases normativas que regulan el objeto de la controversia presentada a través de las citadas cuestiones prejudiciales, veamos a continuación los hechos que las fundamentaron.

El interés de esta sentencia va a recaer principalmente en cómo se deben interpretar los términos de las normativas nacionales de cara a la obtención del “efecto útil” de la Directiva.

En esencia, estamos ante un derecho mínimo reconocido de los tomadores, que se encuadra en el régimen aplicable a este tipo de contratos de seguro, por un lado, lo cual le confiere un carácter de sustantividad, y por otro lado una obligación de transparencia informativa, en donde se configura un deber de información precontractual. La sentencia

por examinar tiene la virtualidad de conectar el aspecto sustantivo con el “adjetivo” relativo a los deberes de transparencia, de forma tal que veremos cómo el incumplimiento o cumplimiento defectuoso de estos puede conllevar efectos en la forma de ejercer el derecho a la renuncia del contrato.

3.1. Resumen de los hechos

La controversia se genera a partir de cuatro reclamaciones de asegurados austriacos, una vez que entre marzo y mayo de 2017 renuncian a sus contratos de seguros de vida alegando información incorrecta o inexistente por parte de sus aseguradores respecto del derecho de renuncia previsto en la normativa comunitaria. Tres casos se referían a contratos de seguros de vida vinculados a fondos de inversión y uno a un seguro de vida ordinario. Una nota clave del pleito es el hecho de que los asegurados habían resuelto o rescatado su contrato antes de renunciar al contrato, avanzando la interpretación que iba a ser objeto de una de las partes del debate ante el Tribunal europeo, esto es, si no informar o informar defectuosamente sobre la existencia del derecho de renuncia previsto en la normativa europea despliega sus efectos a pesar de haberse extinguido el contrato por las vías ordinarias (resolución o rescate, en nuestro caso.).

Fuera de las especificidades del derecho austriaco en cuanto a la forma de regular el ejercicio de este derecho, sobre el que se volverá al tratar la resolución del Tribunal, las cuestiones prejudiciales que formuló el órgano jurisdiccional austriaco giraban en torno a la interpretación de las normas comunitarias reguladoras del derecho de renuncia en el seguro de vida, reformulado en las sucesivas directivas sobre seguros de vida, como hemos visto. En concreto, se formulan cinco cuestiones prejudiciales:

3.2. Primera cuestión: fecha en la que comienza el plazo para ejercer el derecho de renuncia en caso de información errónea o deficiente

Se plantea cuándo comienza a correr el plazo para ejercer el derecho de renuncia si la información precontractual suministrada al consumidor sobre dicho derecho ha sido errónea, bajo el supuesto de que la legislación nacional no obliga a hacerlo de una forma determinada mientras que la empresa de seguros impone para ello la forma escrita. La duda del tribunal que plantea la cuestión se centra en saber si es preciso advertir al consumidor en la información precontractual del hecho de que la normativa nacional, como la austriaca, no prevé ninguna forma especial para ejercer el derecho de renuncia, junto con la información sobre la exigencia de forma escrita que impone la empresa aseguradora, como en este caso. El Tribunal europeo resuelve la cuestión sobre la base de que corresponde a los órganos jurisdiccionales nacionales decidir si la defectuosa información facilitada imposibilitaba al tomador a ejercer el derecho de renuncia tal como hubiera sido ejercido para el caso de haber suministrado una información correcta, pero no es preciso informar sobre el régimen nacional (en este caso la ausencia de forma). Por lo tanto, esta controversia se resuelve en el sentido de que el juez nacional habrá de valorar

la legislación aplicable y los hechos probados en los litigios que se originen, es suma el grado de cumplimiento de las obligaciones de transparencia. Los argumentos que el Tribunal europeo utiliza dejan claro que la información sobre el derecho de renuncia ha de ser completa, sobre todo si el derecho nacional impone una forma específica. Acerca del comienzo del plazo, deberán los tribunales nacionales valorar si la información sobre el derecho de renuncia ha sido correcta o si el grado de incorrección de esta priva al consumidor de su ejercicio, de forma tal que no comenzaría a correr el plazo para ejercer el derecho de renuncia. Una información incorrecta que no impidiera su ejercicio no daría derecho a una renuncia sin límites.

3.3. Segunda cuestión: validez de una norma nacional en la que el plazo para renunciar comienza a partir del conocimiento de dicho derecho

Esta cuestión plantea el supuesto en el que la información no se ha llevado a cabo o se ha hecho de forma errónea en una jurisdicción en la que el derecho nacional aplicable prevé que, si el consumidor ha tenido conocimiento de la existencia de ese derecho por otros medios fuera del ámbito pre o contractual, el plazo para el ejercicio del derecho de renuncia comienza a partir del momento en el que ese conocimiento se haya producido. En suma, se pregunta sobre la validez de una norma de este tipo. El supuesto nos presenta un caso en el que fuera del “círculo” contractual el consumidor conoce su derecho y una norma que le da a esa vía de conocimiento la misma fuerza, de cara a comenzar a correr el plazo del ejercicio de renuncia, que la que resulta del cumplimiento de las obligaciones de información que las Directivas establecen. Ante esta cuestión el tribunal europeo estima que si la información suministrada es inexistente o tan errónea que le impide en la práctica al consumidor ejercer su derecho el plazo para ejercerlo no correrá aunque haya conocido de la existencia del derecho por medios fuera del ámbito contractual.

3.4. Tercera cuestión: subsistencia del derecho de renuncia, en caso de información deficiente una vez que el contrato ha finalizado

Se refiere a la subsistencia del derecho de renuncia en el supuesto de que no se haya informado en absoluto, o se haya informado erróneamente, de dicho derecho más allá de la fecha en la que el contrato haya finalizado por rescate, dándose por concluidas, así, las obligaciones de las partes derivadas del contrato. La contestación del tribunal europeo se inclina por la subsistencia de ese derecho de renuncia siempre que el derecho nacional aplicable no contemple los efectos jurídicos de tal hecho. Ello conlleva aplicar los efectos del ejercicio del derecho de renuncia con carácter retroactivo, frente a los efectos que produce la terminación del contrato.

3.5. Cuarta cuestión: validez de una normativa nacional que limite las consecuencias del ejercicio del derecho de renuncia

Se pregunta sobre la validez de una normativa nacional que regulase el ejercicio del derecho de renuncia en el sentido de que solamente se obligara a la entidad aseguradora a reembolsar el valor de rescate de la póliza, en lugar de la devolución de las prestaciones. La respuesta del tribunal europeo es contraria a una disposición nacional en este sentido, por lo que la aplicación de la Directiva implica devolver las prestaciones producidas por la ejecución del contrato, esto es, todas las primas satisfechas hasta el momento del ejercicio del derecho de renuncia.

3.6. Quinta cuestión: validez de una normativa nacional que fije un plazo de prescripción para el ejercicio de las acciones en caso de información errónea o deficiente de este derecho

De forma semejante a la anterior, se pregunta sobre la validez de una disposición nacional que fijara un plazo de prescripción de tres años para el ejercicio del derecho a reclamar intereses remuneratorios como derecho accesorio al reembolso de los pagos llevados a cabo por el tomador que ha ejercido el derecho de renuncia. En este caso, el tribunal europeo se pronuncia en contra de una legislación nacional que limitara así el ejercicio del derecho de renuncia.

3.7. Argumentación básica de la sentencia

Un punto básico del razonamiento jurídico del Tribunal gira en torno a la idea de la efectividad del derecho de renuncia, en el sentido de que no basta con su reconocimiento legal, sino que el mismo se subordina a la correcta notificación al tomador de su existencia y de la forma correcta de ejercerlo. Esta notificación debe ser suficiente para el efectivo ejercicio del derecho y no puede ser sustituida por la constatación de que el tomador ha llegado por otros medios a su conocimiento. En este sentido, se recuerda que el Derecho nacional no debe obstaculizar el efecto útil de las Directivas, lo cual sería objeto de la resolución del Tribunal europeo.

Al establecer la Directiva 92/96/CEE este derecho de renuncia (Considerando 23) se hablaba de finalidades relativas a los objetivos del Mercado único, en el sentido de favorecerlo a través de una mayor oferta, mejorando la elección de los consumidores como efecto directo de una mayor competencia. Asimismo, se utiliza un argumento relacionado con el tipo de negocio jurídico que es el seguro de vida, dado que, dice el legislador comunitario, a través de esta clase de seguro se asumen compromisos que a veces se extienden en el largo plazo. Por tanto, podría deducirse que los derechos del cliente y los deberes de transparencia del distribuidor dependen del tipo de contrato. Cualquier limitación que se produjera en el ejercicio de este derecho, bien por una incorrecta disposición del derecho interno, bien por carencias en la comunicación sobre

la existencia de dicho derecho, afectaría al núcleo de la economía del contrato, a la posición del cliente en la relación jurídica, desplegando los efectos rigurosos que la sentencia establece.

Conectando con esa rigurosidad con la que la sentencia se enfrenta a este derecho, se plantean dos hipótesis:

- Que el derecho nacional contemple no sólo la existencia de ese derecho, sino también que fije una forma de ejercicio de dicho derecho;
- Que no haya prescripción en el derecho nacional sobre el ejercicio de dicho derecho.

Tanto en un caso como en otro la no información de la existencia de ese derecho como la información errónea sobre su ejercicio (si el derecho nacional lo regula) tiene el mismo efecto, es decir, se considera como ausencia de esa información. De este modo, la obligación de transparencia en el sentido de una completa información sobre este derecho y su ejercicio lleva a unas consecuencias rigurosas para la entidad que no informó debidamente.

El enfoque del Tribunal europeo sobre la transparencia hace entrever como el incumplimiento de las obligaciones que conlleva imponen unas consecuencias casi sancionatorias a la entidad que las ha incumplido, en la medida en que el concepto de transparencia se enmarca más en el ámbito del orden público contractual que en la relación singular entre un consumidor y la entidad. Se habría producido un grave quebrantamiento de la diligencia exigida a la entidad predisponente cuyas consecuencias son de máxima gravedad para esta.

Asimismo, la sentencia se muestra contraria a cualquier disposición nacional que limitara los efectos de la falta de transparencia, tratándola como otra forma de terminación del contrato, pronunciándose a favor de una solución que deje al consumidor en la mejor posición posible, otorgándole el derecho de rescisión incluso en el caso de que el contrato se haya extinguido, lo que supone la devolución de las primas pagadas y no efectos de orden menos perjudicial para la entidad, como el derecho de rescate. De nuevo vemos como la posición del Tribunal europeo está cerca de establecer una penalidad o sanción debido a la existencia de una ruptura del orden público contractual definido por el Derecho comunitario.

4. EXCURSUS: A PROPÓSITO DE LA REGULACIÓN DEL DERECHO DE RENUNCIA EN EL DERECHO ESPAÑOL

Visto el enfoque jurisprudencial comunitario sobre este derecho, procede hacer una digresión sobre la forma en la que la normativa aseguradora española regula este derecho y su ejercicio.

Con arreglo a lo anteriormente señalado, al mencionar el Considerando (23) de la Directiva 92/96/CEE, parece deducirse que la finalidad de la norma comunitaria es dar un derecho de renuncia en un tipo de seguro por el cual el asegurado se vincula durante un plazo muy largo a la entidad. El artículo 83 a) de la Ley de Contrato de seguro establece que este derecho de renuncia no se aplica en los seguros “*en los que el tomador asume el riesgo de la inversión, así como los contratos en los que la rentabilidad garantizada esté en función de inversiones asignadas a los mismos*”. La cuestión surge en torno a la idea del ajuste de esa limitación al Derecho Comunitario. Ya hemos visto que no hay un concepto legal sobre este tipo de productos, que podemos asimilar a los “*productos de inversión basados en seguros*” del reglamento PRIIPs, de los que los unit linked es una categoría consolidada. De la lectura del Reglamento PRIIPs, que regula el Documento de información normalizado, resulta cómo este tipo de productos pueden llegar a diseñarse de forma tal que el tomador sólo obtiene un rendimiento positivo (que excede a las primas pagadas) si mantiene el producto a un plazo muy largo, por lo que se mantendrían las motivaciones del legislador comunitario cuando en la Directiva 92/96/CEE establece el derecho de renuncia.

En este sentido y visto el artículo 186 de la Directiva 2009/138/CE, procede preguntarse cuáles son las razones por las que el legislador español estima que el tomador en este tipo de contratos no merece protección especial por su situación o por las condiciones en las que se celebra el contrato.

4.1. Génesis de la regulación del derecho de renuncia en el Derecho español²⁵⁷

En la normativa española, la prescripción del artículo 15.1 de la Directiva 90/619, que por primera vez incluye en el ordenamiento comunitario este derecho de renuncia ha sufrido algunos cambios desde su introducción a través de la Ley 30/95, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, hasta la redacción actual. Veamos esta evolución.

Ley 30/1995. - Como se menciona en la Exposición de Motivos, la regulación comunitaria obliga a esta modificación de la Ley de Contrato de Seguro, introduciendo “*el derecho del tomador a resolver unilateralmente el contrato*”. Los rasgos de esta modificación del artículo 83 de la ley de Contrato de Seguro, introduciendo una nueva letra a) son los siguientes:

1. Contrato de seguro de vida individual con duración superior a seis meses;

²⁵⁷ M.J. PEÑAS MOYANO ya menciona este derecho como instrumento de protección del asegurado en “*Relaciones entre la normativa contractual y de supervisión para la protección del asegurado: el deber de información previa al tomador del seguro*” en “*Supervisión en seguros privados*”. PEÑAS MOYANO, M.J., *La protección del asegurado (análisis de la problemática derivada de la pluralidad de normas aplicables, op. cit., pp.669-695.*

2. Derecho de resolución del tomador dentro del plazo de quince días siguientes a la fecha de entrega de la póliza o del documento de cobertura provisional;
3. Forma escrita para el ejercicio de este derecho;
4. Efectos desde la fecha del escrito del tomado, es decir, cese de la cobertura del riesgo;
5. Derecho del tomador a la devolución de la prima pagada, salvo la parte que corresponde al tiempo de vigencia del contrato.

Ley 34/2003. - Se trata de la Ley de 4 de noviembre, *de modificación y adaptación a la normativa comunitaria de la legislación de seguros privados*. La justificación que da la Exposición de Motivos a las modificaciones introducidas está basada en la necesidad de incorporar las novedades que la Directiva 2002/65/CE, relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros, exige a los seguros. Y ello influye en la forma de ejercer el derecho de rescisión del contrato en los seguros de vida. De forma expresa se justifica como *“manifestación efectiva de la protección de la clientela y de la transparencia en las relaciones entre asegurador y tomador”*.

Con arreglo a lo establecido en la Exposición de Motivos, se introduce en el párrafo 3 la posibilidad de que la facultad unilateral de resolución del contrato se ejercite utilizando un soporte duradero o bien ateniéndose a las instrucciones recibidas por el tomador si se tratara de un contrato de seguro comercializado a distancia. Igualmente se fija el momento en el que el comienza el plazo para ejercer la facultad de resolución si el contrato se ha celebrado a distancia, optando por el criterio de recepción de la información prevista en la Ley 30/1995 si este hecho fuera posterior a la recepción de las condiciones contractuales.

Además, se introducen otras modificaciones que afectan al contenido de este derecho:

- Extender el plazo para el ejercicio del derecho de 15 a 30 días, adaptándose así a lo establecido en el artículo 6.1 de la citada Directiva 2002/65/CE para los contratos de seguro de vida;
- Se aclara que tal rescisión no debe basarse en ninguna motivación y que no debe conllevar penalización alguna. Más adelante se seguirá en la línea de reconocer el derecho del asegurador de devolver la parte de la prima no consumida hasta el momento de la notificación del ejercicio de la facultad de resolución;
- Se fija el plazo máximo en el que el asegurador debe proceder a la devolución del importe de la prima pagada que corresponda; y
- Se relacionan unos seguros de vida para los cuales no existe esta facultad de resolución. Para seguir con la terminología de la normativa de supervisión, en concreto, con el artículo 105, 1 f) del Reglamento de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados (Real Decreto 2486/1998, de 20 de noviembre) se excluyen los seguros en los que el tomador asume el riesgo de inversión, así como

los contratos en los que la rentabilidad garantizada esté en función de las inversiones asignadas a los mismos, modalidad desarrollada en el citado artículo 105.1 letra m.

En la Exposición de Motivos no hay una explicación de la razón por la que se excluyen estos seguros de la facultad de resolución.

Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores²⁵⁸. -

Por esta Ley se deroga del párrafo 2 del artículo 83 a) el inciso por el cual en los contratos celebrados a distancia la resolución se debía hacer con arreglo a las instrucciones recibidas con base en el deber de información regulado en la Ley 30/95.

Ley 56/2007, de 28 de diciembre, de Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información.-

Esta norma deroga la mención a los contratos comercializados a distancia, de forma que la redacción vigente es la que sigue:

“Artículo ochenta y tres a).

1. *El tomador del seguro en un contrato de seguro individual de duración superior a seis meses que haya estipulado el contrato sobre la vida propia o la de un tercero tendrá la facultad unilateral de resolver el contrato sin indicación de los motivos y sin penalización alguna dentro del plazo de 30 días siguientes a la fecha en la que el asegurador le entregue la póliza o documento de cobertura provisional.*

Se exceptúan de esta facultad unilateral de resolución los contratos de seguro en los que el tomador asume el riesgo de la inversión, así como los contratos en los que la rentabilidad garantizada esté en función de inversiones asignadas en los mismos.

2. *La facultad unilateral de resolución del contrato deberá ejercitarse por el tomador mediante comunicación dirigida al asegurador a través de un soporte duradero, disponible y accesible para éste y que permita dejar constancia de la notificación. La referida comunicación deberá expedirse por el tomador del seguro antes de que venza el plazo indicado en el apartado anterior.*

3. *A partir de la fecha en que se expida la comunicación a que se refiere el apartado anterior cesará la cobertura del riesgo por parte del asegurador y el tomador del seguro tendrá derecho a la devolución de la prima que hubiera pagado, salvo la parte correspondiente al período de tiempo en que el contrato hubiera tenido vigencia. El*

²⁵⁸ BOE núm. 166, de 12 de julio de 2007.

asegurador dispondrá para ello de un plazo de 30 días a contar desde el día que reciba la comunicación de rescisión.”

En resumen, el régimen de la Ley de Contrato de Seguro con relación a esta facultad de resolución se cualifica por la exclusión de determinado tipo de seguros de vida, por limitar el derecho a la devolución de la prima y por fijar el plazo en el que el derecho de devolución debe ejercerse en favor del tomador.

En cuanto a las exclusiones, procede hacer dos comentarios.

En primer lugar, mencionar el contenido del artículo 35.2 de la Directiva 2002/83/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de noviembre de 2002 sobre el seguro de vida, que deja a los Estados Miembros la posibilidad de excluir del derecho de renuncia, aparte de a los contratos de duración igual o inferior a seis meses “*... cuando en razón de la situación del tomador de seguro o de las condiciones en las cuales se celebra el contrato, el tomador no necesite beneficiarse de esta protección especial..*”. Teniendo en cuenta que esta Directiva estaba destinada a los contratos celebrados en régimen de libre prestación de servicios, la Directiva 92/96/CEE del Consejo, de 10 de noviembre de 1992, sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al seguro directo de vida enmarca los derechos del consumidor en su Considerando 23 en la necesidad de que acceda al mercado único de seguros con una información suficiente para una óptima elección, teniendo en cuenta “*que los compromisos pueden ser de muy larga duración*”, regulando en su artículo 31 la información mínima a suministrar al tomador.

En segundo lugar, debe considerarse lo establecido en el artículo 6.2 a) de la Directiva 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de septiembre de 2002 relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, por el cual se excluye de este “derecho de rescisión”, en la terminología de dicha Directiva, a una serie de contratos relativos a servicios financieros “*cuyo precio dependa de fluctuaciones de los mercados financieros que el proveedor no pueda controlar, que pudieran producirse durante el plazo en el transcurso del cual pueda ejercerse el derecho de rescisión*”. No menciona la Directiva como sujetos a los contratos de seguro, salvo los de viaje o los de duración reducida. En ningún caso, los seguros que entrarían dentro del futuro concepto de “*productos de inversión basados en seguros*”.

Con ello el legislador de seguros español parece acogerse a una idea en virtud de la cual este derecho podría ejercerse en contra del asegurador en función de oscilaciones del mercado que, por motivos exclusivamente especulativos, aconsejaran al tomador al ejercicio del derecho. No obstante lo anterior, debe revisarse la justificación que la Directiva de origen da al derecho de rescisión para analizar si los derechos del consumidor quedan suficientemente protegidos por la actual exclusión de la facultad de resolución.

Por una parte, el legislador comunitario habla de la vinculación duradera que los seguros de vida suponen para el consumidor, pensando en la instrumentación de los seguros “vida entera”, en los que una prima nivelada cubre el riesgo de fallecimiento durante toda la vida del asegurado, y en donde la prestación asegurada por fallecimiento se proyecta a un plazo largo, proporcional a la edad del asegurado en el momento de la contratación. Este enfoque debe corregirse considerando los productos que el mercado ofrezca en cada momento, pues aquellos que ofrezcan un período de mantenimiento recomendado muy largo no deberían ver a sus tomadores excluidos de esta facultad, pues no hay una motivación especulativa a corto plazo para su suscripción. El planteamiento de la Ley de Contrato de Seguro presume un interés especulativo a corto plazo por parte del tomador que no siempre se produce. Por otra parte, debe valorarse el posible perjuicio para el asegurador y el contenido del derecho de reembolso del tomador. Una prematura desinversión puede conllevar gastos asociados a la misma y la aparición de un riesgo de liquidez y desestabilización de los mercados en algunos casos. Y máxime cuando no se puede imponer ninguna penalización al consumidor. Dificultad añadida a lo anterior resulta el hecho de no distinguir entre derechos del tomador consumidor y derechos del tomador no consumidor. La protección que se despliega es idéntica a ambos tipos de tomadores, a pesar de sus diferencias en la posición que ocupan en el contrato. Como ya es sabido, la distinción entre seguros sobre grandes riesgos y “de masa” no opera en el ámbito de los seguros de personas, con arreglo al artículo 44,2 de la LCS.

Pero, por otra parte, el derecho de rescisión se plantea como una defensa al consumidor en supuestos en los que la contratación se ha llevado a cabo bien fuera de los cauces habituales (establecimiento comercial o presencial), por entender que el consumidor se encuentra en una posición de inferioridad en la relación contractual. La posición de debilidad del consumidor en los contratos de seguros de vida excluidos por el artículo 83 a) de la Ley de Contrato de Seguro (lo que podíamos denominar “productos de inversión basados en seguros”, en la terminología comunitaria y actual) no recibe así la protección del mecanismo de la resolución prematura de las Directivas de seguros de Vida.

Merece destacarse la posición del TJUE con relación a las consecuencias de la falta de información, o información deficiente, del derecho de renuncia, que queda reflejado en la sentencia comentada más arriba. Como ya se ha visto, dicha sentencia se refiere a productos que entran en la categoría de “inversión basados en seguros” o “aquellos en los que el tomador asume el riesgo de inversión”, utilizando la terminología de la legislación española. Ya se ha visto como el enfoque de la justicia comunitaria es muy protector de la posición del tomador, hasta el extremo de que podía considerarse que se sanciona al empresario en algunos casos (devolución de primas aún en el caso de haber terminado el contrato por vía de rescate).

5. CONCLUSIONES

1. Las “líneas de defensa” de la posición jurídica del tomador o asegurado en el contrato que establece la Directiva IDD supone la formulación del principio de transparencia tal como lo entiende la reciente normativa comunitaria de protección del consumidor de productos financieros;
2. Frente a este marco vigente sobre la transparencia nos planteamos cómo ha interpretado el TJUE este concepto al aplicar el marco legal definido por las Directivas sobre supervisión prudencial;
3. Para este fin se acude a la Sentencia del TJUE de 19 de diciembre de 2019 en donde el juzgador comunitario se pronuncia sobre las consecuencias de la falta de notificación o notificación insuficiente del derecho de renuncia previsto en las Directiva sobre seguro de Vida, así como las capacidades de los Estados Miembros a la hora de regular dichos efectos al trasponer las normas comunitaria a su ordenamiento nacional;
4. El derecho de renuncia tiene una profunda tradición en el Derecho comunitario sobre el seguro de Vida, con una finalidad doble: proteger al tomador y mejorar la competencia en el Mercado Único al favorecer la comparación entre distintos productos y la posibilidad de elegir;
5. La interpretación que hace la sentencia comunitaria sobre el derecho del tomador a ser informado de su derecho a renunciar al contrato se manifiesta con un marcado carácter sancionador, en la medida en que se reconocen efectos retroactivos a la ausencia de ese derecho de información o al caso de que existan carencias significativas en la forma de informar. La consecuencia es el reconocimiento del derecho a recibir el importe de todas las primas pagadas durante la vida del contrato incluso en el caso de que el contrato ya hubiera finalizado, por ejemplo, por su rescate.
6. Igualmente se limita los poderes de los Estados Miembros para limitar los efectos del incumplimiento de los deberes de información sobre este derecho, subrayando la importancia de la normativa sobre transparencia para el buen funcionamiento del Mercado Único, además de su finalidad tuitiva de los derechos del consumidor-tomador²⁵⁹.
7. Lo anterior podría reforzar la idea de que el principio de transparencia se configura, también en el ámbito asegurador, como un principio general que

²⁵⁹ La STJUE de 19 de diciembre de 2013 (Asunto C-209/12) se pronuncia en el mismo sentido, cuando afirma que [el Derecho comunitario] “...debe interpretarse en el sentido de que se opone a una disposición nacional...que sólo reconoce al tomador del seguro un derecho de renuncia durante un año, a lo sumo, a partir del pago de la primera prima de seguro, cuando ese tomador no ha sido informado de su derecho de renuncia”.

despliega sus efectos más allá de lo que la normativa contractual general (contrato por negociación) establecería (devolución de prestaciones).

8. Abordamos igualmente en este Capítulo, como complemento, el estudio de la regulación del derecho de renuncia por el Derecho español de seguros una vez que se ha constatado cómo la jurisprudencia comunitaria interpreta las infracciones derivadas de la falta de notificación o notificación deficiente de este derecho al tomador.
9. Examinada esta regulación puede concluirse que la legislación española, al excluir de dicho derecho de renuncia a todos los productos denominados como “seguros en los que el tomador asume el riesgo de inversión”, opta por negar la protección al tomador en cualquier caso, sin diferenciar entre su condición de consumidor-inversor o no y presumiendo la posición especulativa del tomador en todo caso, ignorando que los productos de inversión basados en seguros han evolucionado hacia la cobertura de pensiones complementarias u otros objetivos de ahorro a largo plazo, que exigen un mantenimiento de las inversiones en las que se materializan.
10. Además del enfoque orientado a la protección del consumidor, debe considerarse si la legislación española cumple la finalidad que se contempla en las Directivas de favorecer la competencia en el Mercado Único al establecer esta exclusión genérica. Procede, pues, una corrección normativa en la que se identifique y se aborde la protección del consumidor y en qué casos debe reconocerse, así como una clarificación de los productos que están amparados bajo la categoría de “seguros en los que el tomador asume el riesgo de inversión” para justificar los niveles de protección requeridos en función de la legislación comunitaria.

CAPÍTULO DECIMOPRIMERO. TRANSPARENCIA Y CONDICIONES GENERALES DEL CONTRATO DE SEGURO

En el proceso que el legislador ha desarrollado en torno a la defensa del asegurado se distinguen varios períodos en los que se utilizan diversas herramientas clave en dicho proceso:

- Se partiría de una fase o época en la que se detectaba una falta de información, o insuficiencia de esta, que refuerza la posición débil del asegurado en el contrato. La Ley de seguros de 14 de mayo de 1908 y reglamento de 2 de febrero de 1912 ya lo contemplaban;
- Ante lo anterior, se regula el suministro de información al asegurado, centrado en esta primera etapa en su aspecto formal, cercano a la idea de inclusión en el contrato o transparencia formal. El núcleo del artículo 3 de la LCS estaría en esta línea;
- La insuficiencia de los mecanismos contemplados en el artículo 3, y la línea jurisprudencial española y comunitaria sobre la aplicación de la Directiva 93/13, muy desarrollada en la interpretación y aplicación de los contratos bancarios, llevaría a que el objetivo a conseguir fuera la plena comprensibilidad por el asegurado-tomador de los mecanismos jurídicos y económicos del contrato, con lo que se consagraría el principio (control) de transparencia material;
- La apuesta del legislador comunitario en busca de la consecución de los objetivos de defensa de la posición jurídica del asegurado y del buen funcionamiento del

mercado único va a incidir en la creación de formatos armonizados que presentarán la información de forma homogénea y comprensible para un consumidor medio, enfoque que, como hemos visto, se ha extendido en todas las normativas comunitarias sobre legislación financiera; y

- El último hito en este proceso, que desarrollaremos más adelante, se manifiesta en la creación de un Derecho de conducta que es consecuencia de la denominada “best execution” que surge con la primera Directiva MIFID y que, una vez que la Directiva de Distribución de Seguros se une a este enfoque, crea un nuevo marco de protección del asegurado, centrado en las relaciones de agencia entre el distribuidor de seguros y el asegurado-tomador. De este modo, la transparencia se asumiría como un principio general aplicable a toda la actividad aseguradora²⁶⁰

Visto lo anterior, el primer hito se centra en el artículo 3 de la LCS y su carácter pionero en la regulación de las condiciones generales en el contrato de seguro²⁶¹.

1. EL ARTÍCULO 3 DE LA LEY DE CONTRATO DE SEGURO

Este precepto ha sido considerado por la doctrina como uno de los ejes de la norma en cuanto a los instrumentos que fija para la defensa de los intereses del asegurado como parte débil del contrato²⁶², en la medida que define el contenido de los derechos y obligaciones fijando la posición del asegurado en la relación contractual.

²⁶⁰ Así, se afirma: “*La normativa europea sobre transparencia del mercado de seguros se presenta como parte de la normativa europea de transparencia en el mercado financiero, en virtud de las normas MIFID I y MIFID II, cuyo común denominador es equilibrar la asimetría informativa en la que se encuentran los potenciales clientes, principalmente los no profesionales o minoristas en un mercado financiero único, global, sistémico y regulado...*”. BENITO OSMA, F., “*La transparencia en el mercado de seguros*”, Editorial Comares, Granada, 2020, pp. 32-33.

²⁶¹ A. MENÉNDEZ MENÉNDEZ justifica el artículo sobre la base de los antecedentes en los sistemas jurídicos en cuanto a la protección del asegurado “...*por razón de la base económica de la explotación del seguro, la conexión entre empresa y contrato es particularmente íntima, de tal suerte que el control sobre la empresa se extiende al control sobre la actividad contractual, y, por ende, al control de sus condiciones generales...*””. MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., “*Preliminar. Artículos 1 a 4*”, *op. cit.*, pp. 81 y ss.

²⁶² F. SÁNCHEZ CALERO apunta “...*este artículo....ha sido quizá el precepto de la Ley que ha tenido una más azarosa elaboración y ha suscitado más preocupación...La normativa legal se concreta de manera efectiva por medio de esas condiciones que constituyen la disciplina convencional del contrato...*” Entiende que “...*esta regulación es uno de los aspectos más importantes de la LCS (sic), que tiende, como se dijo, al establecimiento de una cierta igualdad entre los contratantes a la hora de formación del contrato, frente a la concepción del legislador del siglo XIX -plasmada en la redacción del Código de Comercio- de presuponer la existencia de esa igualdad entre los contratantes y no admitir que una parte tenía en el momento de la formación del contrato la consideración de “contratante más débil”, no ya simplemente por su importancia patrimonial o por su dimensión, sino también por la dificultad de llegar a conocer en este momento de la formación del contrato el alcance último de las condiciones generales, estudiadas y preparadas normalmente con cuidado por el asegurador*””. SÁNCHEZ CALERO, F., “*Título I*,

La preocupación por las condiciones generales se ha basado en lo que la doctrina ha calificado como un “déficit de contractualidad”, lo que justifica el control sobre el contenido en virtud del procedimiento contractual del que surge²⁶³.

Estas ideas básicas sobre el carácter de las condiciones generales de los contratos están presentes en el citado artículo 3 en su doble control sobre el equilibrio de las prestaciones (prohibición de lesividad) y sobre el procedimiento (suministro de información a tiempo y refuerzo del conocimiento).

Así, en el marco del contrato de seguro como contrato de adhesión, las condiciones generales tienen dos componentes, que resumen lo que las normas sobre transparencia persiguen: conocimiento y comprensión.

El conocimiento forma parte de la necesidad de que el adherente forme su voluntad de manera que su posición en el contrato le permita emitir un consentimiento válido, la Ley de Contrato de seguro se ha ocupado de que en el proceso precontractual las condiciones generales figuren en la proposición de seguro (documento que contiene la oferta de contrato que le hace el asegurador), así como que la póliza se adecúe a dicha proposición en caso de discrepancia²⁶⁴. El volumen de información que dichas condiciones suelen contener hace que en la práctica no puedan ser leídas en su totalidad por el destinatario y, menos aún, que puedan servir para comparar distintas ofertas, que es otra de las finalidades que persigue la provisión de información²⁶⁵. Lo anterior nos lleva a lo que ya

Disposiciones generales. Preliminar.” *Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 59/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*, Editorial Aranzadi, 2001, pp. 76- 78.

²⁶³ *Vid. J.M MIGUEL GONZÁLEZ*, refiriéndose a la reciente Ley de Condiciones Generales de la Contratación, expresa estos defectos de contractualidad y necesidad de control sobre el contenido diciendo que “...se entiende el [control]...si se comprende que no han sido [las condiciones] establecidas por un acto de autonomía privada suficiente para legitimar su contenido, y que su control, en rigor, no impone límites a la verdadera autonomía privada”. Igualmente añade “...las condiciones generales o cláusulas predisueltas no tienen fuerza de ley entre las partes, como para los contratos en general dice el artículo 1.091 del Código Civil, por la mera adhesión, si no superan un control al que precisamente no están sometidos los demás contenidos contractuales”. *Vid. MIGUEL GONZÁLEZ, J.M.*, “Algunos aspectos del control de contenido de las condiciones generales en la Ley española”, *Revista Española de Seguros*. Monográfico sobre las condiciones generales del contrato de seguro, núm. 117, 2004, pp. 7 y ss.

²⁶⁴ F. SÁNCHEZ CALERO afirma sobre la importancia de la proposición: “...debe hacerse notar que la LCS, siguiendo en parte el precedente del Reglamento de Seguros de 1912, confiere especial importancia a las declaraciones contenidas en la proposición del seguro, que quiere que no sean alteradas a la hora de redacción de la póliza”. SÁNCHEZ CALERO, F., “Título I., Disposiciones generales. Conclusión, documentación del contrato y deber de declaración del riesgo”, Aranzadi, Cizur Menor, 2005, pp. 143-144.

²⁶⁵ Como ejemplo, en el Reglamento núm. 1286/2014, de 26 de noviembre de 2014, sobre los documentos de datos fundamentales relativos a los productos de inversión minorista vinculados y los productos de inversión basados en seguros su Considerando (1) establece “... La información actualmente

hemos planteado en cuanto a cómo la normativa tradicional, la jurisprudencia y la normativa más actual han elaborado conceptos como “objeto esencial” del contrato²⁶⁶, comprensión del funcionamiento económico del contrato o información “por capas” (“layers”), técnica que es mencionada en este trabajo. También la jurisprudencia y la normativa se han ocupado del momento en el que debe facilitarse la información precontractual, lo que no hizo la Ley de Contrato de Seguro, si bien estaría comprendido en las exigencias de la buena fe del adherente.

En cuanto a la comprensión, hay una base en el pensamiento del legislador que entiende que el contrato de seguro es complejo y que entraña una dificultad para el consumidor descifrar el alcance de los términos de este²⁶⁷. El propio artículo 1º de la Ley de Contrato de Seguro, al definir el contrato, menciona los límites establecidos en el mismo como los que definen las obligaciones del asegurador. El primer límite juega como condición, que es la producción del evento en que consiste el riesgo cubierto²⁶⁸. Otros límites existen en cuanto a los derechos de los asegurados (“cláusulas limitativas de sus derechos”) o sobre elementos temporales (período de cobertura) o cuantitativos (capitales asegurados). En todo caso, en cada uno de estos límites se puede identificar una complejidad que supera en términos globales a la que puede deducirse de la mera comprensión de cómo actúa en la economía del contrato la aplicación de cláusulas sobre la variabilidad de los tipos de interés, por ejemplo. De ahí que la Ley de Contrato de Seguro fuera pionera en la

proporcionada a los inversores minoristas respecto de dichos productos no está coordinada y no les suele ayudar a comparar diferentes productos y comprender sus características...”

²⁶⁶ Artículo 4.2 de la Directiva 93/13 del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

²⁶⁷ J.M. MIGUEL GONZÁLEZ da un valor a la transparencia sobre los elementos esenciales en el sentido de que “...cumple la misión de garantizar que el cliente conozca o pueda conocer la carga económica que en conjunto el contrato supone para él y la prestación que va a obtener de la otra parte, o si se quiere la equivalencia de las prestaciones...No hay control de equilibrio de las prestaciones, sino control de claridad para que le pueda ser imputado el conocimiento de las prestaciones que asumen las partes en el desenvolvimiento normal del contrato...” También apunta a la importancia de la transparencia más allá de la defensa de la posición del asegurado cuando dice “...cuando se trata de la transparencia de los elementos esenciales no está en juego solamente la claridad y comprensibilidad de las palabras, sino el significado y el valor de la oferta en el mercado...”. MIGUEL GONZÁLEZ, J.M., “Algunos aspectos del control de contenido de las condiciones generales en la Ley española”, *op. cit.*, p. 7 y ss.

²⁶⁸ F. SÁNCHEZ CALERO considera la prestación del asegurador como condicional en los seguros de daños y en algunos seguros de personas, y que puede considerarse como una condición exigida por la Ley, dada la naturaleza del contrato como de cesión de riesgos. Para otros tipos de seguros la obligación del asegurador existe desde el momento de la perfección del contrato, para el caso de que se sabe que el evento se va a producir pero no se sabe cuándo (seguros de vida entera, por ejemplo). “Título I, Disposiciones generales. Preliminar”, en SÁNCHEZ CALERO, F. (dir.), *Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*, *op. cit.*, pp. 38-39.

regulación de las condiciones generales, en la medida en que históricamente su contenido y su existencia fue una preocupación del legislador²⁶⁹.

El artículo 3 incluirá términos de gran calado en el derecho de transparencia, como la claridad y precisión en su redacción, y que será reproducido con más amplitud en el artículo 5.5 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones generales de la Contratación, al incluir además los términos “transparencia” y “sencillez”.

Surge la duda acerca de cuál es el régimen aplicable en cuanto a esta exigencia de claridad y sencillez a las condiciones particulares, si bien, aunque la Ley no lo establezca expresamente, estos rasgos deben aplicarse también a las condiciones particulares, condicionando las reglas de interpretación a aplicar²⁷⁰. En este sentido se ha pronunciado la doctrina y la jurisprudencia, sobre la base de la posición de inferioridad negocial del asegurado frente al asegurador, que le impone las condiciones generales²⁷¹.

Desde la óptica del Derecho Comunitario, la STJUE de 23 de abril de 2015 (Asunto C-96/14) ya estableció que para los contratos de seguro también es exigible la claridad y comprensibilidad de las cláusulas que regulan los elementos esenciales del contrato, como es el riesgo²⁷² de forma que el consumidor sea capaz de valorar cómo esa cláusula

²⁶⁹ F. SÁNCHEZ CALERO menciona como las Ordenanzas de Bilbao de 1737 establecieron dos modelos de pólizas que se imprimieron “*para evitar ignorancia, y que todos sepan el modo de correr (el riesgo) en estos casos*”. En el Reglamento de Seguros de 2 de febrero de 1912 preveía bien que las condiciones generales figurasesen en modelos de proposiciones de seguro. Debiendo coincidir con las contenidas en el contrato. SÁNCHEZ CALERO, F., “Título I., Disposiciones generales. Preliminar”, en SÁNCHEZ CALERO, F. (dir.), *Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones, op. cit.* pp. 76-78

²⁷⁰ La STS de 27 de noviembre de 1991 (866/1991) resalta la necesidad de esta redacción clara y precisa, que abarca todo el clausurado, de forma que al interpretarlas debe optarse por la interpretación más favorable al asegurado. En el mismo sentido, sólo que “a sensu contrario”, la STS de 20 de febrero de 1995 (913/1995) dice que la cláusula formulada con absoluta claridad no requiere interpretación restrictiva. Por último, por todas, la STS de 11 de abril de 1991 (2027/1991) proclama que “las Condiciones generales constituyen el marco al que han de adecuarse las condiciones particulares”.

²⁷¹ Otras sentencias en este sentido, la STS de 22 de febrero de 1989 (1296/1989).

²⁷² La STJUE de 23 de abril de 2015 (Asunto C-96/14) señala: “*El artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que la excepción que figura en dicha disposición sólo resultará aplicable a una cláusula incluida en un contrato de seguro y que tenga por objeto garantizar la obligación de la entidad aseguradora de hacerse cargo del pago de las mensualidades debidas al prestamista en caso de incapacidad total para trabajar del prestatario en la medida en que el órgano jurisdiccional remítente constate: – por una parte, que, atendiendo a la naturaleza, a la configuración general y a las estipulaciones del conjunto de contratos en el que se inserte, así como al contexto jurídico y de hecho, dicha cláusula constituye un elemento esencial de ese conjunto de contratos que, como tal, caracteriza al entramado contractual, y, – por otra parte, que la cláusula esté redactada de manera clara y comprensible, es decir, que no sólo resulte inteligible para el consumidor en el plano*

definitoria del riesgo funciona en la economía del contrato, con lo que somete el contrato de seguro a las normas y a los principios de la Directiva 93/13.

2. LA DETERMINACIÓN DE LO QUE ES EL OBJETO DEL CONTRATO EN EL CONTRATO DE SEGURO

En el ámbito del contrato de seguro, como en cualquier contrato con condiciones generales se plantea la determinación de lo que es objeto del contrato a la hora de que se excluya el control de abusividad (ruptura del equilibrio de las prestaciones de las partes), con base en el artículo 4.2 de la Directiva 93/13, que no pretende interferir en la autodeterminación del mercado a la hora de proponer un precio a cambio de una cobertura. No obstante, las cláusulas que regulan o describen el objeto sí se someten al control de transparencia. Con arreglo a lo establecido en la STJUE de 23 de abril de 2015 (asunto C-96/14)²⁷³, son condiciones que regulan el objeto principal del contrato “*las que regulan las prestaciones esenciales del contrato y que, como tales, lo caracterizan*”. Asimismo, a la hora de interpretar dicha cláusula deberá considerarse “*... la naturaleza, a la configuración general y a todas las estipulaciones del contrato, así como al contexto jurídico y de hecho...*” siempre sobre la base “*...de que el consumidor se halla en situación de inferioridad con respecto al profesional en lo referido, en particular, al nivel de información, esa exigencia de transparencia debe entenderse de manera extensiva*”. La sentencia concreta más aún la manera en la que debe entenderse la exigencia de “*redacción clara y comprensible*” de la Directiva, excluyendo que se refiera solamente a que la expresión gramatical sea clara, por lo que en sus conclusiones, la sentencia desarrolla este nivel de comprensión exigiendo que “*la cláusula esté redactada de manera clara y comprensible, es decir, que no sólo resulte inteligible para el consumidor en el plano gramatical, sino también que el contrato exponga de manera transparente tanto el funcionamiento concreto del mecanismo al que se refiere la cláusula como la relación entre dicho mecanismo y el que establezcan otras cláusulas, de manera que el consumidor de que se trate esté en condiciones de valorar, basándose en criterios precisos e inteligibles, las consecuencias económicas que se deriven para él*”.

Con ello se consolida el control de transparencia material y se imponen unos requisitos rigurosos en lo que la LCS y la doctrina contempla como “cláusulas delimitadoras del

gramatical, sino también que el contrato exponga de manera transparente tanto el funcionamiento concreto del mecanismo al que se refiere la cláusula como la relación entre dicho mecanismo y el que establezcan otras cláusulas, de manera que el consumidor de que se trate esté en condiciones de valorar, basándose en criterios precisos e inteligibles, las consecuencias económicas que se deriven para él”.

²⁷³ La controversia gira en torno a la interpretación que debe darse al tipo de incapacidad que genera derecho a la prestación indemnizatoria en un seguro de garantía sobre las cantidades a pagar de un préstamo (contrato principal).

riesgo”, pues las consecuencias económicas del contrato de seguro se ciñen principalmente en la determinación de los hechos que generan la obligación de indemnizar por el asegurador.

Pero nuestra reflexión va más allá en cuanto a la fijación del objeto o de los elementos esenciales del contrato, entendiendo por tales aquellos que se encuentran en la base de la adhesión del consumidor al contrato. Exponemos tres supuestos a considerar:

1. *El cálculo de las primas sucesivas y la discrecionalidad del asegurador en la no renovación.* - La libre fijación del precio (prima) en el contrato de seguro surge de la propia evolución del mercado asegurador, exento de cualquier control sobre la prima. Al mismo tiempo, la duración del contrato, limitada a un tiempo determinado, permite que el asegurado rastree las distintas ofertas que el mercado le ofrece a efectos de modificar el asegurador que le ofrece la cobertura. Sin embargo, existen contratos que, a pesar de tener límites temporales, normalmente anuales, la intención del asegurado o tomador es crear una vinculación “vida entera”, por lo que forma parte esencial de su adhesión el conocimiento de las reglas por las que las primas se van actualizando en los sucesivos vencimientos. Aparte de los seguros de vida, sometidos a tablas de mortalidad de difícil comprensión para el asegurado, pero que normalmente incluyen una tarifa de primas sucesivas a lo largo de la vida del contrato, resulta muy significativo mencionar los seguros de enfermedad o asistencia sanitaria, cuyo precio evoluciona en función de la edad del asegurado y del uso de las prestaciones ofrecidas cuyas bases de cálculo de las primas sucesivas no suele exponerse de forma comprensible para el asegurado, o sometida a parámetros objetivables. El derecho a renunciar al contrato y cambiar de asegurador no tiene una virtualidad en estos casos, en los que existe un riesgo elevado de rechazo por aseguradores alternativos o de una prima excesivamente alta, disuasoria de una nueva contratación. Junto a esto, puede considerarse esencial en la necesaria claridad exigible a las cláusulas las reglas que rigen la no renovación del contrato. Sobre la base de que los contratos deberán interpretarse con arreglo a “la naturaleza, a la configuración general y a todas las estipulaciones del contrato, así como al contexto jurídico y de hecho”, las circunstancias que se han descrito deben integrarse en las exigencias de transparencia material de los seguros referidos. La ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras aborda este tema en su artículo 96.4 (“Deber general de información al tomador de seguro”), que desarrolla el artículo 126 (“Deber particular de información en los seguros de enfermedad”) del Real Decreto 1060/2015, de 20 de noviembre, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras, lo cual introduce una complejidad

en cuanto a la valoración sobre si las condiciones generales que lo regulen superan el control de transparencia material.

2. *Los servicios ofrecidos en el contrato.* - Consolidada la figura contractual del seguro de prestación de servicios, la aplicación del control de transparencia material resulta especialmente compleja a la hora de determinar el tipo de servicios cubierto y afrontar la intención del asegurado a la hora de contratar la cobertura. La apelación a errores en el consentimiento que invaliden este resulta una línea poco recomendable por sus limitaciones.
3. *El objeto o los elementos esenciales en el caso de los productos de inversión basados en seguros.* - ya hemos desarrollado la problemática del “unit linked” como tipo base de esta categoría de productos. A la hora de determinar los elementos esenciales que integran el contrato nos enfrentamos a la complejidad de los componentes del mismo y a la presunta falta de conocimiento del asegurado-inversor. La extensa jurisprudencia comunitaria ha afrontado la interpretación de estos elementos, poniendo de manifiesto la dificultad del control de transparencia (formal y material) en este tipo de productos de seguros.

A modo de conclusión, y ante los múltiples problemas causados por la aplicación de este principio de transparencia material debemos mencionar lo que es objeto de este trabajo en cuanto a la forma que el legislador comunitario ha abordado esta complejidad. Nos referimos a las normas que inciden principalmente en la conducta de los predisponentes, que tienen como base la comprensión del consumidor medio y que se apoyan en relaciones de agencia entre distribuidor y asegurado, en lugar de basarse en este en soledad durante el proceso previo a la contratación del producto asegurador.

3. DISTINTOS TIPOS DE CLÁUSULAS EN LA LEY DE CONTRATO DE SEGURO

Quizá la faceta más controvertida sobre el artículo 3 de la Ley de Contrato de Seguro ha sido la diferenciación que hace entre los distintos tipos de cláusulas que integran las condiciones del contrato, abarcando tres tipos diferenciados:

- Cláusulas lesivas;
- Cláusulas limitativas de los derechos del asegurado, con requisitos especiales de transparencia formal (resalte y firma específica);
- Cláusulas delimitadoras del riesgo (con arreglo a la definición del contrato de seguro del artículo 1 de la LC-S).

A cada una de ellas se le aplica un régimen jurídico diferente, que influye en su propia existencia (inadmisión absoluta de las lesivas²⁷⁴) o en sus requisitos de transparencia,

²⁷⁴ El profesor ORDUÑA MORENO apela a la identificación de cláusula lesiva por el término “abusiva”, con base en la necesaria armonización con las categorías utilizadas en la legislación de defensa de los consumidores: Para él: “*Las cláusulas lesivas en la regulación del contrato de seguro tienen como*

entendiendo este término en sentido amplio, es decir, como la información a suministrar y la forma en la que debe presentarse. Por último, no figuran en el artículo 3, pero se deducen del contenido del artículo 8, debe mencionarse las cláusulas delimitadoras del riesgo. La naturaleza de cada una de ellas y las consecuencias que resultan de su régimen jurídico específico constituyen el núcleo del debate doctrinal y jurisprudencial, sin obviar el surgimiento posterior de otras categorías de cláusulas (como las denominadas “sorpresivas”).

A título de resumen, la doctrina y la jurisprudencia se ha manifestado de forma masiva sobre qué hacer con este artículo, que tiene el mérito de abordar el tema de las condiciones generales desde el punto de vista normativo por primera vez y que es capaz de diferenciar distintos grados de protección al asegurado en función de cómo su esfera jurídica es “atacada”, generando efectos diferentes según entiende el legislador ha sido la gravedad de su ataque. Igualmente, también es objeto de debate la posición que debe ocupar el régimen de las condiciones generales del contrato de seguro respecto al régimen general de la Ley 7/1998.

4. EL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO MERCANTIL²⁷⁵

El Anteproyecto del Código Mercantil, que permanece en el ámbito de los proyectos legislativos, en el artículo 581-3 dejaba claro la posición que debía ocupar este régimen general cuando dice, en su párrafo 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”.

Además, este Anteproyecto trataba de solucionar varios de los problemas que la doctrina y la jurisprudencia ha puesto de manifiesto:

referente la existencia de un “perjuicio”, pues el artículo 3 es reflejo de la reforma que del Código Civil se hace en 1974, cuando sus artículos 7.1 y 7.2 recogen la figura del abuso de derecho, por lo que, vista la falta de experiencia sobre el mismo, se menciona en dicho precepto las “cláusulas lesivas”. Este concepto evolucionará hacia el abuso contractual, sin que necesariamente se busque un perjuicio concreto. Más tarde, la normativa hablará de “abusiva” como una consecuencia de la posición de dominio en la relación jurídica de una de las partes. No se busca un perjuicio, sino una “abusividad objetiva” (desproporción de derechos y deberes). De este modo, actualmente se puede identificar “lesiva” con “abusiva”. Fuente: Ponencia en el I Congreso sobre el principio de transparencia, el 1 de julio de 2021: <https://www.youtube.com/playlist?app=desktop&list=PLCe6hzX4hVizqttwlKFxsUvIDHfPtvtu>

²⁷⁵ Comisión General de Codificación Sección Segunda, de Derecho Mercantil. PROPUESTA de la Sección Segunda, de Derecho mercantil del ANTEPROYECTO DE LEY DE CÓDIGO MERCANTIL TRAS EL DICTAMEN DEL CONSEJO DE ESTADO Madrid, marzo, 2018.

1. En primer lugar, la supresión de los párrafos segundo y tercero²⁷⁶, sobre la intervención de la Administración en la vigilancia de las condiciones de los contratos y sobre los efectos que una sentencia del Tribunal Supremo declarando la nulidad de una cláusula tendrá sobre los aseguradores y sobre la labor de vigilancia de la Administración. Se da eco así a una petición de la doctrina sobre la inoportunidad y falta de aplicación de este precepto, si bien en la legislación de supervisión prudencial se mantiene un deber de vigilancia sobre las “*condiciones contractuales y los modelos de pólizas*”²⁷⁷, recayendo, entre otros puntos sobre “*las [normas] reguladoras del contrato de seguro*”, cuya vulneración da lugar a varios tipos de infracciones con sus correspondientes sanciones²⁷⁸. Queda sin responder la cuestión acerca de los efectos que sobre la validez del contrato tiene la comisión de estas infracciones, ya que la Administración sólo actuará en caso de reiterados incumplimientos. Por tanto, la supresión propuesta del párrafo segundo se limita a ignorar la existencia de ese control administrativo, que está previsto en la legislación de seguros, con el fin de “privatizar” completamente el régimen del contrato de seguro, a fuerza de obviar una actividad supervisora con un potencial interpretativo de entidad para delimitar las relaciones asegurador y asegurado.
2. En segundo lugar, regula de forma más detallada el control de inclusión y la necesidad de actuación de buena fe y de equilibrio de las prestaciones²⁷⁹; y

²⁷⁶ “... *Las condiciones generales del contrato estarán sometidas a la vigilancia de la Administración Pública en los términos previstos por la Ley. Declarada por el Tribunal Supremo la nulidad de alguna de las cláusulas de las condiciones generales de un contrato, la Administración Pública competente obligará a los aseguradores a modificar las cláusulas idénticas contenidas en sus pólizas*”.

²⁷⁷ *Vid.* Artículo 95.1 segundo, de la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras.

²⁷⁸ *Vid.* Artículo 195 (Ley 20/2015). Infracciones graves: “15. *El incumplimiento por la entidad aseguradora de las normas imperativas de la legislación específica sobre contrato de seguro, cuando durante los dos años anteriores a su comisión se hubieran desatendido más de diez requerimientos de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones en el plazo concedido al efecto, por haberse entendido fundadas las quejas y reclamaciones planteadas en el procedimiento de protección administrativa de los clientes de servicios financieros, cuando no sea considerado como infracción muy grave*. También, *vid.* Artículo 196 (Ley 20/2015). Infracciones leves: “5. *El incumplimiento por la entidad aseguradora de las normas imperativas de la legislación específica sobre contrato de seguro, si no atendiera en el plazo de un mes el requerimiento que al efecto le formule la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones cuando entendiese fundadas las quejas y reclamaciones planteadas en el procedimiento de protección administrativa de los clientes de servicios financieros*”.

²⁷⁹ *Vid.* Artículo 581-3. Condiciones del contrato de seguro. Anteproyecto de Código Mercantil: “*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*

3. Trata de reordenar el régimen de los diferentes tipos de cláusulas²⁸⁰, haciendo equivalentes a las que limitan los derechos de los asegurados y las que delimitan el riesgo; y
4. Establece un régimen de “caducidad” de los derechos del asegurado, a través de una aceptación tácita de las condiciones del contrato, cuya compatibilidad con la doctrina del TJUE puede ser puesta en duda²⁸¹.

5. EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL Y DOCTRINAL SOBRE LOS TIPOS DE CLÁUSULAS EN EL CONTRATO DE SEGURO

La clasificación y diferenciación entre los tipos de cláusulas o condiciones generales a las que hace mención la LCS ha estado en el núcleo de la interpretación de la LCS desde su promulgación. Muy sucintamente podríamos diferenciar varias fases en la interpretación y aplicación de las normas sobre estos tipos de cláusulas previstas para el contrato de seguro:

- Un enfoque anterior a la evolución del concepto de transparencia basado en la Directiva 93/13;
- El enfoque que parte de la idea de la transparencia material como criterio y control sobre el que deben emitirse los juicios de validez de las condiciones generales del contrato de seguro; y
- Un enfoque a futuro en el que las cláusulas o condiciones del contrato se integran en un complejo sistema de protección del contratante adherente basado en normas de conducta a las que deben someterse los distribuidores que se relacionan con el asegurado-tomador.

Las dificultades que ha llevado a la jurisprudencia la distinción entre las distintas cláusulas y la aplicación de regímenes jurídicos diferentes según su categoría ha sido

contenidos en la póliza. b) Estar ajustadas a la buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes”.

²⁸⁰ *Vid. Artículo 581-4. Condiciones del contrato de seguro. Anteproyecto de Código Mercantil: “Las exclusiones de riesgo y las limitaciones de los derechos del asegurado, tomador o beneficiario figurarán de forma destacada y comprensible y deberán ser aceptadas por el tomador”.*

²⁸¹ *Vid. Artículo 581-5. Condiciones del contrato de seguro. Anteproyecto de Código Mercantil: “Las condiciones del contrato, incluidas las exclusiones de riesgo y las limitativas de derechos, se entenderán aceptadas si, transcurridos dos meses desde el pago de la prima, el tomador no ha manifestado su voluntad de resolver el contrato”.* A reseñar que la doctrina del TJUE sobre cláusulas que infringen la obligada transparencia material aplica un régimen de gran rigor si se informa en contra de dicha transparencia, llegando a considerar que van contra el “efecto útil” de la Directiva 93/13 las disposiciones nacionales que limiten el plazo de reclamación del cliente en caso de esta falta de transparencia (*vid. supra*, Capítulo de este trabajo sobre la jurisprudencia del TJUE sobre contratos bancarios). Dicha doctrina pondría en tela de juicio esta solución del Anteproyecto del Código Mercantil.

contestada por la doctrina²⁸², manifestando un cierto hastío sobre la aplicación del artículo 3, lo que abre la puerta a la necesidad de aplicar otros principios que obedezcan a los parámetros actuales sobre la transparencia²⁸³. Ya se ha mencionado cómo el Anteproyecto de Código Mercantil eliminaba el tratamiento diferente a las condiciones generales según se tratara de limitar los derechos del asegurado o de delimitar el riesgo cubierto, aplicándolas el mismo régimen de transparencia (“que se destaque, que sean comprensibles y sean aceptadas”).

6. LA DELIMITACIÓN DE LOS TIPOS DE CLÁUSULAS EN EL CONTRATO DE SEGURO

El núcleo del debate siempre se ha situado en dejar claro estas distinciones:

- Cuando una cláusula es delimitadora del riesgo y cuándo es limitativa de los derechos del asegurado. La existencia de cláusulas delimitadoras del riesgo es una construcción jurisprudencial que se basa en la propia definición del contrato de seguro prevista en el artículo 1 de la Ley junto con la exigencia de claridad y precisión para todas las cláusulas, generales y particulares;
- Cuando es una cláusula lesiva, lo que supone una nulidad de pleno derecho;
- ¿Todos los distintos tipos de cláusulas están previstos en la LCS?

6.1. Evolución jurisprudencial

En su doctrina, el Tribunal Supremo ha manifestado diversos ejes en la forma de abordar cómo deben identificarse estos diferentes tipos de cláusulas en el contrato, en un contexto de protección del asegurado como regla principal de interpretación²⁸⁴. En todo caso,

²⁸² E. VERDERA afirma que el artículo 3, “*uno de los más notables de la nueva LCS, suscitará no pocas dudas y probablemente más de una polémica en nuestra doctrina...*”. VERDERA Y TUELLS, E., “La Ley de contrato de seguro: encuadramiento constitucional y directrices básicas”, en VERDERA Y TUELLS, E. (dir.), *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, Colegio Universitario de Estudios Financieros, Consejo Superior Bancario, Madrid, 1982, pp. 29 y ss.

²⁸³ Así, *vid.* MIRANDA SERRANO, L.M., “Control de transparencia de las condiciones del contrato de seguro: más allá de los clásicos requisitos de inclusión”, en BATALLER GRAU, J., PEÑAS MOYANO, M.J. (dirs.) *III Congreso Nacional de Ordenación, Solvencia y Supervisión en seguros privados y II Congreso Internacional de Derecho de Seguros. Valladolid, 17 y 18 de noviembre de 2016*, Psylicom Distribuciones Editoriales, 2016, pp. 17 y ss., y en: BATALLER GRAU, J., PEÑAS MOYANO, M.J., (dir.), *Un derecho del seguro más social y transparente*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 45 y ss.

²⁸⁴ Así, si bien se afirma la prevalencia de lo establecido en las condiciones particulares sobre las generales en la STS de 29 de enero de 1996 (1996/738), en línea con la defensa de la posición jurídica del asegurado, la STS de 3 de febrero de 1989 (1989/659), llega a afirmar, en contra de lo establecido en la anterior, que “*las condiciones generales prevalecen sobre las particulares cuando resulten más beneficiosas para el asegurado*”. La Sentencias del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 1989 (8937/1989) y STS de 27 de noviembre de 1991 (10363/1991), entre otras, califican el contrato de seguro como de adhesión, de forma que “*las cláusulas oscuras deberán interpretarse en el sentido más favorable al asegurado*”.

siempre el órgano judicial reconocerá la dificultad de diferenciar entre unas y otras cláusulas²⁸⁵, intentando delimitar los rasgos que definen unas frente a otras.

Frente al distinto tratamiento que la LCS da a las condiciones generales según se trate de delimitadoras del riesgo o limitativas de derechos del asegurado existe un enfoque jurisprudencial que no cree que deba exigirse menos requisitos de transparencia formal a las cláusulas delimitadoras del riesgo con respecto a las cláusulas limitativas de los derechos del asegurado²⁸⁶. No obstante, otras sentencias intentan solucionar de forma taxativa la confrontación entre los dos tipos de cláusulas, llegando a afirmar que “*la concreción del riesgo asegurado no supone limitación de los derechos del asegurado*”²⁸⁷.

La mayor parte de las sentencias han intentado establecer criterios para diferenciar los distintos tipos de cláusulas. Sobre las cláusulas lesivas respecto de las limitativas, las primeras son siempre inválidas, mientras que las segundas, a pesar de no favorecer al asegurado son válidas si se acompaña por una declaración de conocimiento y consentimiento expreso. Se establece así unos criterios de gradación, entre lo inaceptable y siempre inválido y lo que puede ser incorporado a pesar de una “lesividad aceptable ya aceptada”²⁸⁸.

Al enfrentarse a las cláusulas delimitadoras, un enfoque puede basarse en cómo la LCS debe mantener un equilibrio entre lo que el mercado puede ofrecer, a través de un producto de cobertura de determinado riesgo y lo que la normativa protectora del asegurado limita. Así, nos encontramos con la STS de 5 de junio de 1997 (486/1997), que

²⁸⁵ *Vid.*, por todas, la STS de 22 de abril de 2016 (273/2016): “*No obstante, como expresa la sentencia de esta Sala núm. 715/2013, de 25 de noviembre, en la práctica, no siempre han sido pacíficos los perfiles que presentan las cláusulas delimitadoras del riesgo y las limitativas de los derechos del asegurado. Las fronteras entre ambas no son claras, e incluso hay supuestos en que las cláusulas que delimitan sorprendentemente el riesgo se asimilan a las limitativas de los derechos del asegurado*”. Asimismo, esta sentencia maneja el concepto de cláusulas sorpresivas con arreglo a las expectativas razonables del asegurado.

²⁸⁶ Citando la STS de 24 de febrero de 1997 (1997/707), Nuria LATORRE destaca “*la tendencia emergente que exige el cumplimiento de los referidos requisitos [formales] para las cláusulas delimitadoras del riesgo, justificando la postura en lo incomprensible de requerir más garantías para la aceptación del tema menor (cláusulas limitativas) que para el tema mayor (cláusulas de exclusión del riesgo)*”. En “*Definición del contrato de seguro*”, LATORRE CHINER, N., “*Preliminar*”, en BATALLER GRAU, J., BOQUERA MATARREDONA, J. y OLABARRÍA IGLESIAS, J. (coord.), *El contrato de seguro en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Tirant lo Blanch, Valencia 1999, pp. 43 y ss.

²⁸⁷ *Vid.* STS de 8 de junio de 1992 (1992/5170), de 5 de junio de 1997 (1997/4607) y, de 5 de marzo (82/2012).

²⁸⁸ *Vid.* STS de 20 de marzo (303/2003).

refleja bien esa preocupación por la protección de la autonomía de la voluntad, que es la que delimita el riesgo objeto de cobertura²⁸⁹.

Glosando lo que la doctrina jurisprudencial ha establecido en un gran número de sentencias²⁹⁰, y bajo la reserva de la dificultad de en ocasiones establecer el límite entre las limitadoras del riesgo y las limitativas de los derechos del asegurado, se suele establecer los siguientes criterios distintivos (fuente: STS de 22 de abril de 2016 -ya citada-):

1. Estipulaciones delimitadoras del riesgo concretan los riesgos objeto de cobertura, su cuantía, el plazo en el que se cubren, el tiempo de duración del contrato, los límites indemnizatorios y la cuantía asegurada. Es decir, reproduce los elementos que entran a formar parte de la definición del contrato de seguro del artículo 1 de la Ley;
2. Cláusulas limitativas de derechos. Condicionan o modifican el derecho del asegurado, y, en consecuencia, la indemnización, cuando el riesgo objeto del seguro se hubiere producido. Se exige una acreditación del conocimiento por el asegurado, a través de los requisitos de inclusión especiales (resalte y aceptación expresa).

Al mismo tiempo, la jurisprudencia se ha enfrentado a la interpretación de cómo debe figurar la aceptación expresa por el asegurado de las cláusulas limitativas, principalmente en cuanto a su inclusión en las condiciones particulares o generales²⁹¹, llevando la exigencia a su máximo rigor, incluso en el caso de los seguros colectivos o de grupo²⁹².

Debe también incluirse entre las condiciones o requisitos que deben concurrir en el cumplimiento de las exigencias reforzadas de transparencia la forma de presentar las limitaciones de los derechos, acogiendo así la interpretación que de la transparencia formal ha llevado a cabo la jurisprudencia del tribunal Supremo en las ya mencionadas

²⁸⁹ Así, la STS de 5 de junio de 1997 (486/1997) afirma: “*Cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados, que son constreñidas por el artículo 3 de la LCS, y la cláusula o cláusulas que señalan el ámbito o cobertura del seguro, en el sentido de señalar el riesgo a que alcanza el contrato de seguro (evento cuyo riesgo es objeto de cobertura a indemnizar), cuya base es el principio de autonomía de la voluntad (artículo 1255 del CC), siempre que no se oponga a la normativa imperativa de la citada LCS, y también lo es el principio de lex contractus (artículo 1.091 del CC)..*

²⁹⁰ *Vid.* STS de 11 de septiembre (853/2006), o STS de 17 de octubre (1051/2007), y STS de 20 de julio (598/2011).

²⁹¹ La STS de 17 de octubre de 2007 (1050/2007) estima suficiente la firma del tomador al final de las condiciones particulares, mientras que la STS de 22 de diciembre de 2008 (1029/2008) considera que el requisito se cumple si la firma figura en un documento aparte.

²⁹² La STS de 25 de noviembre de 2013 (715/2013) sostiene que en los seguros colectivos la aceptación de las cláusulas limitativas debe ser firmadas por todos los asegurados, no sólo por el tomador.

sentencias sobre contratos bancarios²⁹³, y que resaltan la importancia del formato, lo cual entraña con el concepto de transparencia material, que ya se atisba en la jurisprudencia de nuestros tribunales. Y es en esa dirección en la que, a efectos de diferenciar las cláusulas limitativas de las delimitadoras del riesgo, se habla de las “*cláusulas que delimitan sorprendentemente el riesgo*”²⁹⁴, asimilándolas a las limitativas de los derechos del asegurado, lo que viene a ensanchar el ámbito de los requisitos adicionales sobre transparencia formal, abriendo la categoría de las “cláusulas sorprendentes”, que será objeto de ampliación posteriormente.

6.2. La intervención de la Administración en la vigilancia de las condiciones generales

Ya hemos visto las normas propias del derecho de supervisión o prudencial que regulan las competencias y poderes de la Administración Pública sobre el contenido de las condiciones generales. Algunas sentencias del Tribunal Supremo se han referido a las mismas, sin que, no obstante, se haya aplicado en todo su rigor lo previsto en el párrafo tercero del citado artículo 3 (“*Declarada por el Tribunal Supremo la nulidad de alguna de las cláusulas de las condiciones generales de un contrato, la Administración Pública competente obligará a los aseguradores a modificar las cláusulas idénticas contenidas en sus pólizas*”)²⁹⁵. Para la doctrina, los párrafos segundo (“*Las condiciones generales del contrato estarán sometidas a la vigilancia de la Administración Pública en los términos previstos por la Ley*”) y tercero de dicho artículo suponen un control de transparencia abstracto, “*dirigido a controlarlas al margen de que hayan empezado o no a utilizarse en determinados contratos*”²⁹⁶. Las competencias que la Ley de ordenación, supervisión y solvencia otorga a la autoridad de supervisión, junto con el citado artículo

²⁹³ A título de ejemplo, la STS de 14 de julio de 2015 (402/2015), ya mencionada, cita la de 19 de julio de 2012 (878/2010) que para enjuiciar el requisito de claridad tiene en cuenta la forma de presentar la limitación, resaltando el “*...el abigarramiento del párrafo que la contiene, ...mezcla de exclusiones heterogéneas objeto de una agrupación que consigue entorpecer su comprensión ... con una redacción “apiñada y congestionada” que adolece de falta de claridad y dificulta notoriamente una lectura y visualización comprensiva de la cláusula*”.

²⁹⁴ *Vid. STS de 25 de noviembre de 2013 (715/2013).*

²⁹⁵ La STS de 6 de febrero de 1995 (Contencioso administrativo 1995/896) se refiere al acto administrativo por el que no se aprueba un clausulado de un seguro de multirriesgo del hogar por estar contra la legislación de seguros, dándole validez. Igualmente, la STS de 3 de octubre de 1997 (Civil-1997/7924) señala: “*La cláusula ha sido conformada con el control de la Administración, y no conculca la moral ni el orden público*”.

²⁹⁶ *Vid. MIRANDA SERRANO, L., “Control de transparencia de las condiciones del contrato de seguro: más allá de los requisitos de inclusión”, en BATALLER GRAU, J., PEÑAS MOYANO, M.J. (dirs.) III Congreso Nacional de Ordenación, Solvencia y Supervisión en seguros privados y II Congreso Internacional de Derecho de Seguros. Valladolid, 17 y 18 de noviembre de 2016, op. cit., pp. 17 y ss.*

3,2º refuerzan la posibilidad de que dicho control esté amparado por la normativa, a diferencia de la normativa de supervisión bancaria que carece de tal previsión, careciendo asimismo de una norma general de Derecho privado sobre contratos bancarios. El artículo 44.3 de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario²⁹⁷ establece un régimen de nulidad para las condiciones que reduzcan la protección otorgada por la Ley, pero sin que haya una efectiva atribución de competencias, si bien debe entenderse que actuaría contra todo pacto que menoscabara los derechos irrenunciables previstos en la Ley.

Sobre la extensión del poder de vigilancia, debe admitirse que abarcaría la declaración de abusividad (o "lesividad") de la cláusula o cláusulas de que se tratara, pudiendo basarse en la infracción de los derechos definidos en la LCS. Además, se basaría en el ejercicio de potestades expresamente reconocidas por la Ley, debiendo expresarse a través de los cauces que el Derecho Administrativo impone a una Autoridad de esa naturaleza²⁹⁸. La influencia que ese juicio de la Administración pudiera ejercer sobre la actuación jurisprudencial es evidente. A ello hay que unir los poderes de intervención sobre algunos productos de seguros de los que luego se tratará (los "*productos de inversión basados en seguros*").

Con arreglo a lo anterior, cabría que el supervisor de seguros declarase la abusividad o lesividad en el sentido de ir contra normas imperativas que definen derechos mínimos e irrenunciables para los asegurados, pero también con arreglo a la ruptura del equilibrio de las prestaciones entre las partes, basándose en las normas de protección de los consumidores. Por otra parte, cabría extender tales poderes a la declaración de abusividad por falta de transparencia.

²⁹⁷ *Vid. Artículo 44.3 Ley 5/2019, de 15 de marzo, dispone: "...Cualquier pacto entre el prestatario y los prestamistas, intermediarios de crédito o sus representantes designados cuya finalidad, o efecto sea reducir o menoscabar en cualquier forma la protección otorgada por esta Ley, se considerará nulo de pleno derecho..."*

²⁹⁸ La STS (Sala de los contencioso-administrativo) de 16 de septiembre de 2016 (1557/2017) fija como doctrina legal que la Administración puede sancionar la utilización de cláusulas abusivas a los contratos celebrados con consumidores y usuarios sin necesidad de previa declaración judicial. La resolución se basa en conductas comprendidas dentro de los artículos 85 a 90 del Texto Refundido de la ley 1/2007, general de Defensa de los Consumidores y Usuarios (LGDCU). Se basa en que restringir el poder sancionador de la Administración en esta materia iría en contra del interés general. Asimismo, establece: "*La LGDCU no impone una especie de "prejudicialidad civil" para el ejercicio de la potestad sancionadora*" - "*La Directiva 93/13 establece que las personas u organizaciones que tengan un interés legítimo en la defensa del consumidor deben poder presentar un recurso contra esas cláusulas, bien ante un órgano judicial o autoridad administrativa; y - "El daño a los intereses generales debe ser grave, lo que se concreta en la proyección de que esta doctrina afecte a muchos supuestos"*"

Resumiendo, cabría esperar una intervención sobre la lesividad de las cláusulas basada en:

- Ruptura grave del equilibrio entre las prestaciones;
- Infracción de los derechos irrenunciables del asegurado tal como están definidos en la LCS;
- Infracción de los deberes de transparencia formal o material;
- Incumplimiento de las normas de conducta definidas en las normas específicas (IDD, reglamento PRIIPs...).

Todo ello configura unos deberes de vigilancia muy amplios, próximos a los que desarrollaría un “supervisor de conducta”, ampliados por las competencias sobre la aplicación de la normativa contractual y por la propia defensa del interés general y del buen funcionamiento del mercado asegurador

6.3. La recepción por la jurisprudencia y la doctrina del control de transparencia en las condiciones generales del contrato de seguro

La Directiva 93/13, como hemos exhaustivamente recordado, fija una serie de criterios interpretativos en torno a las cláusulas que integran los contratos seriados de consumo, excluyendo del control de abusividad las condiciones en cuanto reglaran el objeto del contrato, pero sometiéndolas, no obstante, al control de transparencia (claridad y comprensibilidad – artículo 4.2-).

La STS de 14 de julio de 2015 (402/2015) expresa de forma clara cómo los parámetros básicos del control de transparencia, tal como habían sido conformados por, principalmente, la sentencia de 9 de mayo de 2013 (1916/2013), son plenamente aplicables al contrato de seguro y a sus condiciones generales²⁹⁹, fijando como principal finalidad la comprensibilidad real de las cláusulas limitativas del seguro. La sentencia se refiere a las limitaciones de los derechos del asegurado por ser el objeto de la controversia (reducción de la indemnización por la calificación de la incapacidad sufrida por el asegurado, en la que las condiciones particulares y las generales se contradicen). Este enfoque está alineado con la propia estructura de defensa del asegurado de la LCS, que debe establecer un equilibrio entre la libertad de mercado y la existencia de derechos irrenunciables del asegurado.

²⁹⁹ La STS de 14 de julio de 2015 (402/2015) afirma: “*En todo caso, y con carácter general, conviene recordar que el control de transparencia, tal y como ha quedado configurado por esta Sala (SSTS de 9 de mayo de 2013 y 8 de septiembre de 2014), resulta aplicable a la contratación seriada que acompaña al seguro, particularmente de la accesibilidad y comprensibilidad real por el asegurado de las causas limitativas del seguro que respondan a su propia conducta o actividad, que deben ser especialmente reflejadas y diferenciadas en la póliza*”.

La STS de 22 de abril de 2016, de la que se ha tratado anteriormente, va a referirse a varios conceptos:

- El contenido “normal” o “natural” del contrato, como elemento que va a permitir la detección de las cláusulas sorprendentes;
- El principio de transparencia, como fundamento del régimen especial de las cláusulas limitativas, entendiendo la misma como conocimiento y comprensión;
- El objeto del contrato, definido por lo dispuesto en la ley o en la práctica aseguradora; y
- La importancia de las expectativas razonables del asegurado.

La sentencia extiende el régimen de transparencia de las cláusulas limitativas sobre la base de las limitaciones en la cobertura con arreglo a lo que la ley o la práctica aseguradora establece, por lo que en cierta manera extiende dicho régimen a las delimitadoras del riesgo. En puridad, las condiciones que definen el riesgo, objeto del contrato, no están sometidas a control de contenido, por lo que por la vía de la extensión de los requisitos exigidos para las limitativas se llega a aplicar lo previsto en el artículo 4.2 de la Directiva 93/13, exigiendo que las condiciones generales que regulan el objeto del contrato estén redactadas de forma clara y comprensible.

Por tanto, las cláusulas sorprendentes configurarán una tercera categoría que permite enlazar los requisitos de las limitativas de derechos con las delimitadoras del riesgo. La claridad en estas últimas se entendería como la cobertura esperada o fijada por la Ley³⁰⁰, pero también por la cobertura que se ajusta a las necesidades de cesión de riesgos del asegurado³⁰¹, conectando estas limitaciones con la causa del contrato y, en última instancia, con la existencia de un consentimiento viciado por error. A remarcar que si nos encontramos ante contratos de seguro no incluidos en la LCS (multirriesgos o de protección de pagos, por ejemplo) o en otra ley especial, con especial referencia a los denominados productos de inversión basados en seguros (IBIPs), la categoría de cláusulas sorprendentes resulta poco resolutiva sobre las cuestiones basadas en la transparencia, por cuanto es difícil saber a priori las expectativas del asegurado y la capacidad de comprensión que de las condiciones generales de este tipo de contratos puede tener, por lo que es difícil hacer la distinción entre cláusulas limitativas y delimitadoras del riesgo,

³⁰⁰ Esta cobertura “natural” podría derivarse de los tipos de seguros regulados por la LCS o por leyes especiales (normativa sobre seguros del automóvil o sobre garantías por cantidades anticipadas para viviendas en construcción o, en última instancia por condicionados autorizados por el supervisor de seguros).

³⁰¹ La STS citada, de 22 de abril de 2016 (273/2016), al referirse a las cláusulas sorprendentes afirma: “...Estas cláusulas pueden ser válidas, pero para ello se requiere que el asegurado haya conocido las restricciones que introducen -es decir, que no le sorprendan- y que sean razonables, que no vacíen el contrato de contenido y que no frustren su fin económico y, por tanto, que no le priven de su causa”.

debiendo utilizar categorías próximas a los conceptos ligados a la transparencia, formal o material.

Cuando nos enfrentamos al requisito de comprensibilidad ya hemos visto como alguna jurisprudencia se ha referido a la disposición o posible enmascaramiento de las cláusulas en el contrato, pero resulta preguntarse si es necesario superar el concepto de transparencia formal para evaluar las cláusulas delimitadoras del riesgo (y, como no, las limitativas de derechos) bajo el prisma del control de transparencia material en el sentido de comprensibilidad real (no sólo gramatical) y respeto de las normas de funcionamiento del mercado (comparabilidad de las diversas ofertas de los aseguradores).

En una última y reciente etapa, la jurisprudencia ha debido reconocer la importancia y la necesidad de aplicar los principios derivados de la transparencia que resultan de la Directiva 93/13 a los contratos de seguro, dejando a un lado las clasificaciones que se derivan de la LCS³⁰²

La doctrina ha afrontado la necesidad de adoptar una orientación sobre las condiciones generales del contrato de seguro basada en la transparencia que se deriva de la Directiva 93/13 y de la jurisprudencia nacional o comunitaria sobre ella³⁰³, simplificando la

³⁰² Así, la STS de 24 de febrero de 2021 (101/2021) se pronuncia en este sentido, al afirmar: “*La claridad y precisión es exigible a todas las cláusulas del contrato de seguro, tanto si están incluidas en las condiciones generales como en las particulares, y con independencia de que se califiquen de delimitadoras del riesgo o limitativas de los derechos del asegurado*”; “*Dentro del concepto de «lesivas» deben incluirse aquellas cláusulas que reducen considerablemente y de manera desproporcionada el derecho del asegurado, vaciándolo de contenido, de manera que es prácticamente imposible acceder a la cobertura del siniestro. En este caso, con independencia de que formalmente se exprese el consentimiento, la cláusula es nula en atención a su contenido*”

³⁰³ L.M., MIRANDA SERRANO formula los principales hitos en torno a la inclusión de la transparencia como enfoque para abordar el control de las condiciones generales sobre varios puntos:

1. *Mientras que los controles de transparencia formal persiguen que el contenido contractual pueda ser conocido por el adherente, el control de transparencia material se dirige a garantizar el conocimiento real y efectivo del objeto principal del contrato por parte de ese mismo sujeto, control que sólo se supera si las cláusulas son real y efectivamente conocidas en el momento de la conclusión del contrato por quien actúa en condición de tomador o asegurado. La no transparencia en sentido material supone lesividad.*
2. *Al tratar de los requisitos exigidos a las cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados desde mi punto de vista, el legislador se mueve aquí en el ámbito de la transparencia formal (aunque cualificada) y no en el propio de la transparencia material.*
3. *Podríamos llegar a diferenciar dos tipos de cláusulas limitativas, según su objeto: Las que recaen sobre los elementos esenciales u objeto principal del contrato; y Las relativas a elementos no esenciales u objeto principal del contrato. Estas están sometidas al control de abusividad. A las mismas se les aplicaría el control de inclusión o transparencia formal, pendiente del control de contenido o abusividad. - Las primeras no estarían sometidas, al menos de momento [SE REFIERE AL ANTEPROYECTO DE LEY DEL MINISTERIO DE CONSUMO SOBRE EL ALCANCE DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS], al control de abusividad, pues está al margen de él.*
4. *Si se constata la falta de transparencia de una condición general (se entiende transparencia material) habrá de declararse de forma inexorable su abusividad y subsiguiente nulidad, sin entrar a valorar si*

estructura o clasificación de las cláusulas para someterlas al control de transparencia material y en apariencia abandonando la construcción jurisprudencial en torno a las denominadas cláusulas sorpresivas para asimilarlas a las lesivas, que se basan en el vaciamiento de la cobertura buscada por el asegurado.

La aceptación expresa de las condiciones limitativas de derechos. - Debe tenerse en cuenta igualmente la doctrina del TJUE en materia bancaria de cara a la interpretación de la transparencia material, enfrentándola a los deberes de transparencia formal que se recogen en el artículo 3 de la LCS. Así, la firma manuscrita, que se exige para la aceptación de las cláusulas limitativas ha sido puesta en duda como forma de asegurar la comprensibilidad material por la STJUE de 9 de julio de 2020 (C-452/18) [acuerdos novatorios en caso de sobre cláusulas suelo], la cual resta importancia a la citada firma de cara al necesario control de transparencia material³⁰⁴.

7. CONCLUSIONES

1. El régimen de las condiciones generales es uno de los pilares en los que se fundamenta la Ley de Contrato de seguro;
2. La jurisprudencia y la doctrina se han manifestado favorables a la extensión del marco normativo sobre condiciones generales definido en la legislación general

genera o no un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes. Para ello nos basamos principalmente en la interpretación que la Comisión Europea hace de la Directiva 93/13/CEE.

*5. El hecho de que las cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados relativas a los elementos esenciales del contrato no se sometan al control de contenido o abusividad no significa que no puedan ser declaradas lesivas conforme al artículo 3 de la LCS. Podrán serlo cuando no superen el control de transparencia material que alcanza a las cláusulas limitativas sobre elementos esenciales del contrato que se incorporan a éste por haber cumplido las dos exigencias del artículo 3 LCS ya mencionadas (resalto y aceptación específica), pero que, sin embargo, desnaturalizan el contrato en el sentido que más adelante se expone. Vid. MIRANDA SERRANO, L.M., “Control de transparencia de las condiciones del contrato de seguro: más allá de los clásicos requisitos de inclusión”, en BATALLER GRAU, J., PEÑAS MOYANO, M.J. (dirs.), *III Congreso Nacional de Ordenación, Solvencia y Supervisión en seguros privados y II Congreso Internacional de Derecho de Seguros. Valladolid, 17 y 18 de noviembre de 2016*”, op. cit., pp. 17 y ss., y en: BATALLER GRAU, J., PEÑAS MOYANO, M.J., (dir.), *Un derecho del seguro más social y transparente*, op. cit., pp. 45 y ss.*

³⁰⁴ La STJUE de 9 de julio de 2020 (C-452/18) afirma: “...El artículo 3, apartado 1, el artículo 4, apartado 2, y el artículo 5 de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que la exigencia de transparencia que tales disposiciones imponen a un profesional implica que, cuando este celebra con un consumidor un contrato de préstamo hipotecario de tipo de interés variable y que establece una cláusula «suelo», deba situarse al consumidor en condiciones de comprender las consecuencias económicas que para él se derivan del mecanismo establecido por medio de la referida cláusula «suelo», en particular mediante la puesta a disposición de información relativa a la evolución pasada del índice a partir del cual se calcula el tipo de interés...”

a los contratos de seguro. El no nacido Anteproyecto de Código Mercantil se inclina por la aplicación de ésta³⁰⁵;

3. La distinción entre distintas cláusulas de cara a la aplicación de diferentes requisitos de transparencia formal ha resultado una fuente de controversias generadoras de un gran número de resoluciones judiciales que han necesitado de aclaraciones sucesivas en busca de un consenso doctrinal muy influido por la variada casuística derivada de las diferentes coberturas;
4. La detección de un tercer tipo de cláusulas (“sorpresivas”) es la respuesta a la necesidad de introducir conceptos derivados del control de transparencia material de cara a emitir juicios sobre las condiciones generales que regulan el objeto del contrato, identificado de forma general con el riesgo cubierto, no sometidos a control de lesividad³⁰⁶;
5. El concepto de cláusulas sorprendentes se construye en torno a la existencia de un “asegurado medio”, tanto en lo que se refiere a la búsqueda de una cobertura estándar como a la propia comprensibilidad de la amplitud y rasgos del riesgo o riesgos cubiertos. Ello ha puesto de manifiesto las limitaciones del modelo del artículo 3 de la LCS y la influencia de la doctrina europea sobre transparencia;
6. El nuevo Derecho de conducta derivado de la Directiva IDD y del Reglamento PRIIPs desarrollan la forma de acoger al “asegurado medio” en cuanto al cumplimiento de los requerimientos previstos en las normas sobre Gobierno de productos (demandas y necesidades, diseño, asesoramiento...), creando un nuevo paradigma de defensa del consumidor de seguros;
7. Ese paradigma se sustenta principalmente en la exigencia de unos deberes al distribuidor que define un marco de diligencia profesional proyectado a la obtención de un resultado, consistente en la atribución de un producto asegurador a un asegurado concreto o a un colectivo homogéneo de asegurados;
8. La preocupación manifestada por la jurisprudencia en cuanto a la forma de presentar las condiciones generales intenta abordarla la normativa reciente a

³⁰⁵ *Vid. Artículo 581- 3.2 Condiciones del contrato de seguro. Anteproyecto de Código Mercantil (marzo, 2018): “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”.*

³⁰⁶ A destacar la STS de 29 de enero de 2019 (58/2019), que califica una cláusula como sorpresiva en el marco de un contrato de responsabilidad de los administradores (D&O), en el caso de una cláusula que excluye la responsabilidad derivada de lo establecido en la Ley General Tributaria. Ante la duda de calificarla como delimitadora del riesgo o limitativa de derechos, la Sala estima que deberían haberse cumplidos las exigencias de transparencia formal aplicables a las limitativas, dado que se entiende que “...quien concierta el seguro, es lógico que se encuentre también la cobertura de este riesgo. De tal forma que su exclusión en el apartado de condiciones generales, sin una aceptación expresa, debe considerarse sorpresiva y por ello limitativa de derechos”.

- través de formatos normalizados que se estima comprensibles por el asegurado medio;
9. Esta evolución desde el asegurado aislado frente a las normas de “generación” del contrato previstas en la LCS hasta las exigencias de conducta sobre los distribuidores de seguros supone basar la defensa de los intereses del asegurado sobre relaciones de agencia, muy próximas a la denominada “mejor ejecución” que nace de la primera Directiva sobre Mercados e Instrumentos Financieros³⁰⁷;
 10. De esta forma, el contrato de seguro deviene, en cuanto las técnicas que tiene como finalidad proteger al consumidor-asegurado, un producto financiero semejante a los que operan en otros mercados o submercados financieros, una vez que la normativa comunitaria ha dejado claras las reglas que deben regir en estos mercados en el ámbito más amplio de un Mercado Único de servicios financieros.

³⁰⁷ *Vid.* Considerando 33 de la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros, al afirmar: “*Es necesario imponer a las empresas de inversión una obligación efectiva de “ejecución óptima” para garantizar que ejecuten las órdenes en las condiciones más favorables para los clientes. Esta obligación debe aplicarse a toda empresa que tenga obligaciones contractuales o de intermediación con el cliente*”.

CAPÍTULO DECIMOSEGUNDO. REFORMAS PROPUESTAS EN EL MARCO DE LA ESTRATEGIA EUROPEA SOBRE EL INVERSOR MINORISTA (RIS)

1. INTRODUCCIÓN

En el proceso que la Comisión Europea ha emprendido en cuanto a fijar una regulación “horizontal” para la protección de los intereses de los consumidores, la denominada Retail Investment Strategy (“RIS en lo sucesivo) extiende su aplicación a todos los servicios financieros³⁰⁸, en un intento de lograr una protección equivalente en el marco de un Mercado Único de servicios financieros.

Fruto del proyecto “Unión de Mercados de Capitales” (“Capital Markets Union”), adoptado por la Comisión Europea el 20 de septiembre de 2020³⁰⁹ tiene tres objetivos principales:

1. Hacer accesible la financiación a las empresas europeas, en un entorno de recuperación y de digitalización;
2. Hacer de la Unión Europea un lugar seguro para que los individuos inviertan a largo plazo;

³⁰⁸ La Directiva 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, define servicio financiero como “*todo servicio bancario, de crédito, de seguros, de jubilación personal, de inversión o de pago*”

³⁰⁹ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: Una Unión de los Mercados de Capitales para las personas y las empresas: nuevo plan de acción. Bruselas, 24 de septiembre de 2020, COM(2020) 590 final.

3. Integrar los mercados de capitales nacionales en un auténtico mercado único.

Dentro del segundo objetivo se incluye la finalidad de procurar que los inversores minoristas confíen en los mercados de capital, que se concreta en la citada Estrategia para los Inversores Minoristas. Los estudios previos que fundamentan las medidas normativas propuestas giran en torno a la idea general de proteger al inversor sobre la base de dos elementos principales:

- Una adecuada información, como reacción ante una verificada dificultad para entender las características de los productos financieros por el cliente; y
- Un conjunto de medidas regulatorias que giran en torno a la defensa que el profesional (predisponente o mediador) debe poner en funcionamiento para que el principio de actuación en interés del consumidor-cliente se materialice³¹⁰, que inciden en la regulación de los incentivos que reciben los intermediarios que comercializan estos productos, la clasificación de clientes y la mejora del asesoramiento.

Todo ello consolida los principios en los que se basa la protección del cliente, que pasa de una posición pasiva en la que recibe información del empresario o del mediador, a la exigencia de una conducta activa de estos, llevando lo que se inició en el ámbito de los servicios de inversión a todo el ámbito de los servicios financieros³¹¹, en los que el seguro quedó ya incluido en la Directiva de Distribución de seguros. Como ya vimos, la existencia de productos de inversión basados en seguros presenta una “vis atractiva” para la aplicación de las normas propias del mercado de instrumentos financieros sobre la base de un mercado único de instrumentos financieros sometidos a las mismas reglas y con un mismo nivel de protección al consumidor o inversor. Como base para las propuestas normativas en las que se materializará la RIS es el mercado de los seguros de vida y el de pensiones el que sirve de base para las mismas, estimando el regulador comunitario que es ahí donde se precisa una mayor acción normativa.

³¹⁰ Entre otros, el artículo 24.1 de la Directiva 2014/65/UE, de 15 de mayo de 2014, relativa a los mercados de instrumentos financieros – MIFID 2- (“Los Estados miembros exigirán que, cuando preste servicios de inversión o, en su caso, servicios auxiliares a clientes, la empresa de servicios de inversión actúe con honestidad, imparcialidad y profesionalidad, en el mejor interés de sus clientes, y observe, en particular, los principios establecidos en el presente artículo y en el artículo 25”).

³¹¹ La Directiva 2004/39/CE, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros -MIFID I- ya reguló en su artículo 19 toda una serie de normas de conducta, de información a clientes, de asesoramiento... La Directiva 2002/92/CE, de 9 de diciembre de 2002, sobre la mediación en los seguros aplicó en parte alguno de estos principios, principalmente en materia de suministro de información y asesoramiento, pero sólo destinado a los mediadores.

2. ANTECEDENTE PRÓXIMO: LA MODIFICACIÓN DE LA DIRECTIVA DE VENTA A DISTANCIA DE SERVICIOS FINANCIEROS

El 11 de mayo de 2022 la Comisión Europea lanzó la Propuesta de Directiva por la cual se reformaba la Directiva 2011/83/UE relativa a los servicios financieros contratados a distancia y por la cual se derogaba la anterior Directiva 2002/65/CE. Continuando con la preocupación del regulador comunitario que, con ocasión del Plan de Acción de Servicios Financieros³¹², quiso modificar en una primera etapa la normativa sobre servicios financieros en la Unión con vistas a crear un Mercado Único, la Propuesta de 11 de mayo de 2022 contiene una actualización de las normas para adaptarlas a las que se han dictado en otros ámbitos, como la Directiva de Crédito al Consumo o la de Hipotecas, así como a otro tipo de servicios financieros muy afectados por la digitalización. Pero lo que debemos recalcar, junto al derecho de desistimiento del consumidor³¹³, es la parte de la Propuesta que se refiere a la información precontractual, donde se pretende que la información relevante se reciba por el consumidor en el momento adecuado y de forma comprensible y clara, incluyendo la obligación del vendedor de informar a los consumidores de los costes potenciales “ocultos” y sobre los riesgos relativos al servicio financiero. En este sentido, se resalta (Considerando 22) que la “*información debe ser resaltada, contextualizada y enmarcada de forma efectiva dentro de la pantalla. La técnica de capas o estratos de información (“layering”) ha sido probada y verificada como útil para ciertos servicios financieros...*” Esto se llevará a cabo a través de vínculos o “pop-ups” en donde se contienen diferentes partes de la información. Esta técnica constituye una respuesta del regulador comunitario al exceso de información que las normas sobre servicios financieros imponen y, al mismo tiempo, recogen la doctrina de la jurisprudencia europea sobre los elementos clave que definen el objeto de los contratos financieros y que sin un adecuado conocimiento el consumidor no se vincularía al negocio jurídico. Afronta, pues, esta herramienta trata de dar solución a cuestiones debatidas en la jurisprudencia comunitaria sobre las cláusulas no suficientemente resaltadas y sobre los intereses de los consumidores. El hecho de basarse en pruebas a los que se ha sometido este tipo de información entraña con la idea del “consumidor medio” que consta en un gran número de sentencias. En octubre de 2023 el Parlamento Europeo aprobó el texto que ya había sido aprobado por el Consejo. Aunque la venta a distancia tiene sus peculiaridades, por el entono en el que se produce, las motivaciones del regulador europeo en torno a un mercado más competitivo y con un nivel de protección al consumidor semejante se reproducen en las propuestas que se examinarán a continuación.

³¹² Comunicación de la Comisión, de 11 de mayo de 1999, sobre la “Aplicación del marco de acción para los servicios financieros: Plan de acción”. COM (1999) 232 final.

³¹³ En el seguro de vida se contiene este derecho en el artículo 83 a) de la Ley de Contrato de seguro, sobre la base de lo previsto en las Directivas del seguro sobre la vida.

3. PROPUESTAS NORMATIVAS DERIVADAS DEL RIS

El 24 de mayo de 2023 la Comisión presentó su propuesta normativa en forma de dos piezas legislativas:

- Una propuesta de Directiva denominada “Ómnibus” que modifica un gran número de Directivas relativas a los servicios financieros³¹⁴; y
- Una propuesta de Reglamento por la que se modifica el Reglamento “PRIIPS” - Reglamento 1286/2014- con vistas a la “*modernización del documento de datos fundamentales*”.

4. CONTENIDO DE LA PROPUESTA DE DIRECTIVA “ÓMNIBUS”

Hay un objetivo general en esta Directiva, que informa “horizontalmente” todas las normas afectadas, que gira en torno a reforzar la confianza de los inversores minoristas en el mercado con el fin de que sus decisiones estén suficientemente informadas, en un mercado único que les proporcione una protección adecuada. En su presentación, la Comisión enuncia una serie de puntos en los que se centrará la labor legislativa:

- Educación financiera, vinculada con la búsqueda de un “consumidor medio” como estándar de conocimiento y de valoración de las decisiones tomadas en los mercados financieros³¹⁵;
- La clasificación de los clientes, siguiendo la línea que las Directivas “MIFID” introdujeron y que se extenderán a la comercialización de los productos de inversión basados en seguros;
- Información o divulgación (“disclosure”), incluyendo la comercialización (“marketing”), lo que queda reflejado en las reglas nacionales en cuanto a la valoración de todos los documentos de los que dispone el cliente al contratar;
- Valoración de la idoneidad y adecuación de los productos en función de las características del cliente;
- Asesoramiento;
- Incentivos; y
- Gobierno de productos.

³¹⁴ Directiva (EU) 2009/65/EC -organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios (OICVM o “UCITs”)-; Directiva (EU) 2009/138/EC -Solvencia II-; Directiva (EU) 2011/61/EU - gestores de fondos de inversión alternativos- Directiva (EU) 2014/65/EU -MIFID 2- and Directiva (EU) 2016/97 -distribución de seguros-

³¹⁵ En la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 2022 (42/2022) sobre el índice IRPH se menciona indirectamente esta educación financiera al mencionar cómo el trascurso del tiempo desde que el citado índice se comenzó a aplicar permite presumir que el consumidor conoce suficientemente los conceptos usados en su aplicación.

Se consolida así una especie de codificación de las herramientas y técnicas que el Derecho del mercado financiero de la Unión Europea consagra como un ordenamiento común en el marco de la defensa de los intereses de los consumidores de los productos financieros. La coherencia intersectorial se afirma como un principio informador que, como ya se ha apuntado, abarca todos los servicios financieros.

Nos centraremos en las dos directivas afectadas que regulan la actividad aseguradora: la 2009/138/CE (“Solvencia II”) y la 2016/97/UE (“Distribución de seguros”).

4.1. Reformas de la Directiva 2009/138/CE (“Solvencia II”)

La modificación que se propone es de contenido plenamente derogatorio de todas las disposiciones que esta Directiva contenía en materia de información a suministrar a los tomadores de seguros, tanto en Seguros distintos del seguro de vida (artículos 183 y 184), como de los seguros de vida (artículo 185). En la medida en que la Directiva de Distribución ya contenía normas sobre el Documento Uniforme de Información (IPID) y que, como veremos, la Propuesta de Directiva pretende implantar un documento del mismo tenor para los seguros de vida, la Comisión trata de sistematizar la información a suministrar al tomador para evitar reiteraciones que se habían puesto de manifiesto en los estudios previos a la Propuesta de Directiva³¹⁶.

4.2. Modificaciones propuestas de la Directiva 82016/97/UE, sobre la distribución de seguros

El artículo 2 de la Propuesta de Directiva contiene todas las modificaciones que se estima procede hacer a la citada Directiva. Procede mencionar que el carácter de “Ómnibus” que se autocalifica la Propuesta se manifiesta en gran medida en que cada modificación es propuesta en paralelo para la Directiva de Distribución y para la “MIFID 2” (Directiva 2014/65/UE) en una clara apuesta, como ya hemos mencionado, del legislador comunitario de crear un marco normativo semejante en los servicios financieros minoristas, evitando discrepancias que puedan suponer distinta posición de los operadores en el Mercado Único y distintos grados de protección al inversor³¹⁷. La intención, pues, del legislador comunitario es someter a un régimen semejante a los instrumentos financieros y a los productos de inversión basados en seguros. Por ello,

³¹⁶ *Vid. Informe de AESPJ (EIOPA), Final Report on Technical Advice to the european Commission regarding certain aspects relating to retail investor protection*, de 29 de abril de 2022, pp. 27 y 28. Puede consultarse en: https://www.eiopa.europa.eu/document/download/94eb7964-9dbd-41cb-a04d-10b907ba9a89_en?filename=Final%20Report%20%20Technical%20advice%20on%20Retail%20Investor%20Protection.pdf

³¹⁷ Recordar el Estudio del Parlamento Europeo sobre la reforma del comercio minorista de productos financieros, inspirador de esta última reforma. *Vid. supra*, capítulo 1, epígrafe 1.1 de este trabajo.

distinguiremos las modificaciones de la Propuesta que afectan a este tipo de seguros de las que afectan bien al resto de productos aseguradores.

4.3. Propuestas sobre los productos de inversión basados en seguros

4.3.1. *Información a los inversores minoristas*

- Exigencia a las empresas de seguros y a los intermediarios para que muestren las advertencias adecuadas sobre los riesgos en todo el material informativo relativo a productos especialmente arriesgados, para alertar a los inversores minoristas sobre los riesgos específicos de sufrir posibles pérdidas financieras. Este deber amplía los deberes de diligencia que se exige a la conducta de estos operadores, lo que implica desarrollar el concepto de transparencia que la jurisprudencia comunitaria ha consagrado reiteradamente. Este deber se complementa con la obligación que se impone a los supervisores nacionales para que puedan identificar los productos sobre los que estas advertencias deben girar y obligar a las empresas e intermediarios a llevarlas a cabo. Cierra el ciclo los poderes que se dan a EIOPA para que en su caso puedan obligar a los supervisores nacionales a fijar estas advertencias [nuevo punto 5 del artículo 29 de 1; nuevo punto (q) en el artículo 12(3) de la Directiva de Distribución de Seguros (DDS)];
- Nueva obligación de las empresas e intermediarios para proveer a los clientes o tomadores de una información exhaustiva sobre los costes, cargas asociadas al producto que se contrata, pagos a terceros (incentivos), así como el impacto que pueden tener sobre los rendimientos esperados, como parte de la información precontractual. Ello se complementa con la futura adopción por EIOPA de estándares regulatorios en los que se fije los formatos y la terminología donde se hará constar dicha información. También lo condiciona a las previas prueba de consumidor [artículo 29 (1 y 4)]. Una vez más se aplican los principios establecidos por la jurisprudencia en cuanto a lograr una transparencia material que le permita al consumidor entender las consecuencias económicas de su posición en el contrato, a lo que se añade una estandarización del material informativo que ha sido probado en el mercado, lo que permite estimar que se dirige a un consumidor medio europeo;
- Las empresas de seguros y los intermediarios deberán proveer a sus clientes de un informe anual en el que conste toda la información pertinente sobre costes y comisiones, incluidos los pagos a terceros, así como la gestión y resultados obtenidos [artículo 29 (2)]. Igualmente, la Propuesta se adapta al perfil de los productos de inversión basados en seguros en cuanto el horizonte a largo plazo que la mayor parte de ellos presentan, previendo que en el informe anual se incluyan proyecciones individuales sobre el previsible rendimiento del producto

en el periodo de mantenimiento recomendado [artículo 29 (3)]. Si bien este no es un punto que afecte al período precontractual y a la formación del contrato, sí pone de manifiesto cómo el deber de diligencia del operador financiero se extiende más allá del momento del nacimiento del contrato, al tiempo que amplía las potestades de vigilancia del supervisor. Junto a las facultades sancionadoras de éste, cabría plantearse si existen consecuencias en el contrato en el caso de que la información facilitada sea sustancialmente defectuosa, de forma que el titular del contrato, a la vista de esta y de las buenas perspectivas que presenta, no ejerce los derechos de rescate que pudiera tener y llega al final del contrato sobre la base de una información errónea;

4.3.2. *Proceso de asesoramiento: conflictos de interés, incentivos y reforzamiento de la defensa del mejor interés del inversor*

La Propuesta aborda uno de los puntos que separaban el régimen de MIFID sobre el de la DDS (IDD) con relación a los incentivos que pueden recibir los distribuidores procedentes de los “manufacturers”. Como ya hemos visto en el epígrafe 1.1.1., el Informe del Parlamento Europeo de junio de 2018 (“Comercialización, venta y distribución”) ya ponía de manifiesto algunas diferencias entre los regímenes del sistema MIFID y del derivado de las Directivas de seguros en cuanto al régimen aplicable a los productos de inversión basados en seguros, en la medida en que la prohibición de estos incentivos era más rigurosa en la Directiva de instrumentos financieros que en las de seguros, lo cual podría llevar a romper el marco de competencia leal que se espera en un Mercado Único. Por ello, la Propuesta trata de afrontar esta problemática, sobre la base de que los seguros y los instrumentos financieros tienen en el ámbito europeo unos sistemas de comercialización diferentes, siendo predominante en los seguros el sistema de comisiones y no el de pagos del cliente al intermediario de seguros, como en el sector de instrumentos financieros. En este sentido, se refuerza la diferenciación entre asesoramiento independiente y no independiente, en cuya virtud se regulará el régimen de incentivos que regirá en cada caso, previendo la prohibición de estos en algunos supuestos. La negociación ante los colegisladores determinará cómo resulte finalmente el régimen aplicable, pero sí debe resaltarse cómo la línea es aplicar un mismo trato a los productos de inversión basados en seguros y a los instrumentos bajo MIFID. Así, se persigue regular de forma semejante la prueba que se hace por el empresario para valorar cuando un incentivo no supone un perjuicio al cliente, que se regula de forma diferente en la MIFID y en la DDS³¹⁸. Como forma de abordar los posibles conflictos de interés

³¹⁸ Se trata de sustituir la prueba de la “mejora en la calidad” (“quality enhancement”) en la MIFID [artículo 24 1bis)] y la de “ausencia de perjuicio”) de la DDS [artículo 30] por una común, con vistas a determinar cuándo un asesoramiento actúa en beneficio del cliente.

que se puedan plantear, se propone que se actuará en beneficio del cliente cuando se ofrezca una gran variedad de productos y se valore la mejor opción para el mismo.

4.3.3. *Reforzamiento de las normas de gobierno de productos en materia de costes, introduciendo el análisis de la rentabilidad a obtener por el cliente (“Value for money”)*

Se amplía el ámbito en el que el obligado a llevar a cabo los procesos de gobierno de productos y se crea todo un sistema de apoyo y recolección de datos por parte de las autoridades europeas ESMA y EIOPA. El Gobierno de productos, como ya se vio, supone una actuación por parte del creador o diseñador de los productos de seguros o de los instrumentos financieros por la cual se crean los mismos con arreglo a un tipo de cliente genérico que configura un “mercado objetivo”. Las modificaciones que se proponen al artículo 25 de la DDS (“*Control de productos y requisitos en materia de gobernanza*”) van en la línea de alinear los requisitos del gobierno de productos para los de inversión basados en seguros con el precepto que los regula en la MIFID 2 (artículo 16) y establecer lo que se denomina un “proceso de fijación de precios” que implica una identificación de los costes que el producto supone y una valoración de su justificación y proporcionalidad, enmarcándolo en las características del producto (rendimiento, garantías, duración, coberturas biométricas,...). El término que emplea la Propuesta es el denominado “Value for money”, que se correspondería con “rendimiento” en un sentido más amplio que el puramente económico, puesto que incluye las necesidades del mercado objetivo al que va dirigido. La base fundamental de esa evaluación es un índice de referencia elaborado por EIOPA con arreglo a los resultados de estudios sobre el mercado de productos similares³¹⁹. Esta propuesta ha sido objeto de algún tipo de crítica por lo que puede conllevar de intervención en el proceso de fijación de precios en una economía competitiva como la que resulta de los principios de funcionamiento de la Unión Europea.

4.3.4. *Garantizar una evaluación de la idoneidad y de la conveniencia (nueva redacción del artículo 30 de la DDS)*

Se propone una profunda reforma del modo en el que los distribuidores de seguros deben llevar a cabo la labor de evaluación de la idoneidad y de la conveniencia de los potenciales clientes, de forma que se realice en tiempo adecuado y se ofrezca de forma más transparente la finalidad de dicha valoración y los parámetros que se han utilizado para sus conclusiones. En busca de esa transparencia material, se obliga a ofrecer una información exhaustiva sobre los activos potenciales sobre los que se materializaría la inversión, sus posibles rendimientos y costes, incluyendo todas las alternativas que se

³¹⁹ EIOPA (y ESMA) viene realizando anualmente un índice de referencia desde 2017, por encargo de la Comisión Europea, disponiendo, así, de una base de datos de gran volumen sobre costes y rendimientos de los productos de inversión basados en seguros (último estudio publicado, disponible en: https://www.eiopa.europa.eu/system/files/2023-01/costs_and_past_performance_report_2023_0.pdf

ofrezcan. Se regula de forma más detallada el asesoramiento independiente y las advertencias que, en su caso, el distribuidor deberá emitir si el producto no resulta adecuado al cliente. Reiterando la corriente de los formatos homogéneos, se prevé que EIOPA desarrolle los necesarios que recojan las advertencias que resulten de la valoración llevada a cabo. La misma estructura, en cuanto a requisitos y advertencias se regula con relación al caso en que, por la naturaleza del producto, no sea necesario proveer al cliente de asesoramiento, contemplando la existencia de un formato estándar por el cual se le informe de las consecuencias de contratar un producto sin la evaluación de conveniencia.

4.3.5. Regulación de las prácticas de comercialización y de las comunicaciones publicitarias

Los nuevos artículos introducidos tratan de regular de forma amplia el contenido de las comunicaciones publicitarias en lo que concierne a los instrumentos financieros y a los productos de inversión basados en seguros. Su intención es evitar que dichas comunicaciones estén afectadas por sesgos que puedan llevar al cliente a una percepción equivocada de los riesgos del producto. Un nuevo artículo 26 bis se encargará de ampliar el concepto de claridad propio de la normativa sobre condiciones generales de la contratación para incluir otras exigencias en este tipo de comunicaciones sobre la base de términos como “imparcial”, “no engañosa”, “equilibrio” (en la presentación de beneficios y riesgos) y “adecuación” (respecto al canal de distribución empleado y al mercado objetivo al que va dirigido el producto). A ello se añade la obligación de presentar la información sobre las características esenciales de forma “destacada y concisa”, así como sus riesgos. La propuesta cierra todo el ciclo referido a la publicidad, puesto que, además, regula:

- La distribución de responsabilidades por las comunicaciones comerciales entre el creador (“manufacturer”) y el distribuidor. En todo caso, el creador permanece responsable de las que él ha puesto a disposición del distribuidor y éste de las modificaciones que realizará sobre las originales;
- La realización de informes anuales a sus órganos de dirección sobre la política de comunicaciones comerciales y prácticas de comercialización;
- La encomienda a que las autoridades de supervisión tengan los poderes para poder exigir que se cumplan por las empresas aseguradoras y por los intermediarios los requisitos que impone la Directiva sobre este tipo de prácticas y comunicaciones;
- La obligación de que las empresas e intermediarios lleven registros sobre todas estas comunicaciones, independientemente de quien las aplique;
- El encargo a la Comisión para que mediante actos delegados regule las características consideradas esenciales de los productos que deban incluirse en las comunicaciones publicitarias y la forma de cumplir con los requisitos de imparcialidad, claridad, ausencia de engaño, equilibrio y adecuación.

Con esta regulación tan exhaustiva se desarrolla para los productos de inversión basados en seguros las competencias que las normas nacionales otorgan a los supervisores para el control de la publicidad³²⁰. Igualmente, las normas sobre defensa del consumidor imponen el principio de integración en el contrato de las ofertas, promoción y publicidad en el contrato³²¹. Las normas sobre competencia desleal también regularían los supuestos de engaño que podrían estar incluidos en las nuevas normas de la DDS³²².

A remarcar cómo las reglas sobre las comunicaciones publicitarias y las prácticas de comercialización incluyen conceptos propios de las finanzas conductuales, en cuanto crear una imagen falsa de la realidad, al remarcar lo positivo y ocultar lo negativo, apreciaciones que en las Sentencias del TJUE se han puesto de manifiesto al mencionar cómo las cláusulas suelo se ocultaban o se presentaban en posición de igualdad con las “cláusulas techo”, si bien los efectos económicos del juego de las dos no era equivalente³²³.

4.4. Propuestas que afectan a todos los productos de seguros

Ya hemos mencionado cómo la Propuesta de Directiva “Ómnibus” deroga los preceptos de la Directiva 2009/138/CE (“Solvencia II”) que se ocupaban de regular la información precontractual a suministrar a los tomadores de seguros, tanto en los seguros No Vida como en los seguros sobre la Vida.

La necesidad de racionalizar y simplificar esa información, de forma que se concentren estos deberes en los menores textos legales posibles, han hecho que:

- Se incluya un extra de información en el denominado “IPID” de los seguros No Vida (artículo 18 de la DDS), incorporando la que no constaba en dicho documento al aprobarse la Directiva y sí en la Directiva “Solvencia II” (entidad

³²⁰ *Vid.* Artículo 98 de la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras sobre competencias de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones sobre publicidad. En el mismo sentido, el artículo 5.2 de la Ley 10/2014 sobre ordenación, supervisión y solvencia de las entidades de crédito da competencias al Ministerio de Economía para dictar normas que regulen “...la transparencia de las condiciones básicas de comercialización y contratación de los servicios y productos bancarios...”, así como sobre “...los principios y criterios a los que debe sujetarse la actividad publicitaria y las modalidades de control administrativo sobre la misma”.

³²¹ *Vid.* Artículo 61.2 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007).

³²² *Vid.* Artículo 5 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (“Actos de engaño”) y artículo 7 (“Omisiones engañosas”).

³²³ Sesgos de “efecto halo” y de “predisposición al optimismo”. CADENAS SÁEZ, M.E., “Economía conductual para la protección del inversor. Recomendaciones prácticas para inversores, entidades y reguladores”, *op. cit.*, pp. 1 y ss.

aseguradora o intermediario, datos en caso de que el contrato se proponga bajo derecho de establecimiento o libre prestación de servicios, remisión al informe sobre solvencia, autoridad competente...);

- Se añada un párrafo al artículo 8 (el 8a) por el cual se introduce el IPID para productos de seguros sobre la vida, excluyendo los productos de inversión basados en seguros, como ya habían hecho algún Estado Miembro, como Italia, al que nos hemos referido anteriormente.

4.5. Contenido del Documento de Información normalizada para seguros de Vida (“IPID Vida”)

El nuevo artículo 8a fija el contenido de este nuevo documento, en el que deberán constar los siguientes extremos:

- a) información sobre el tipo de seguro;
- b) un resumen de la cobertura del seguro, con información detallada de las prestaciones y opciones de seguro y las circunstancias que las desencadenarían, y, en su caso, un resumen de los riesgos excluidos;
- c) las condiciones de pago de las primas y la duración de los pagos;
- d) información sobre las primas relativas a cada garantía, ya sea principal o complementaria, cuando proceda;
- e) cuando proceda, los métodos de cálculo y de asignación de las participaciones en beneficios;
- f) las principales exclusiones, sobre las cuales no es posible presentar solicitudes de indemnización;
- g) las obligaciones al comienzo del contrato;
- h) las obligaciones durante la vigencia del contrato;
- i) las obligaciones en caso de solicitud de indemnización;
- j) la indicación de los valores de rescate y reducción y la naturaleza de las garantías correspondientes;
- k) información sobre el derecho de cancelación con arreglo al artículo 186 de la Directiva 2009/138/CE, en particular información detallada sobre los plazos y las condiciones para el ejercicio de dicho derecho;
- l) información general sobre el régimen fiscal aplicable al tipo de póliza de seguro;
- m) la duración del contrato de seguro, en particular las fechas de comienzo y de expiración;

- n) las condiciones de rescisión del contrato;
- o) el Derecho aplicable al contrato cuando las partes no puedan elegirlo o, cuando las partes puedan elegir el Derecho aplicable al contrato, el que la empresa de seguros proponga elegir, y la jurisdicción competente.

El artículo se completa con el encargo a EIOPA para que elabore unos estándares técnicos regulatorios en los que se proponga un formato estandarizado para los productos de seguro de Vida, en donde conste el contenido establecido en el párrafo 8a. Se repite el mecanismo de elaboración de formatos que se someterán a “pruebas de consumo” con vistas a garantizar cuál es el formato más comprensible para ese ideal de “consumidor medio”.

4.6. Exclusión de la obligación de proveer información a los clientes profesionales

Como adición al artículo 22 (1) de la DDS se elimina el deber de procurar la información mínima contemplada en la Directiva (tanto para Vida como para No Vida) a los clientes que reúnan los criterios que la MIFID 2 establece para que un cliente sea profesional. Con ello completa la exclusión que se preveía para los seguros distintos de Vida (grandes riesgos) y se muestra coherente con el Reglamento PRIIPs, dirigido a suministrar información a los clientes no profesionales o inversores minoristas³²⁴. De este modo, se consagra el principio de que los destinatarios de los deberes de información mínima son los “consumidores”, entendiendo el término en un sentido amplio, ya que incluye algunos profesionales no grandes riesgos. Esta provisión afecta a los seguros de Vida, que son incorporados al sistema de IPIDs. Para el caso de los productos de inversión basados en seguros que se amparan bajo la DDS, estos se consideran productos para minoristas, por lo que no se modifican las categorías de clientes para este tipo de productos.

4.7. Utilización del soporte digital en la provisión de información

Siguiendo con la necesidad de armonización con respecto a la MIFID, se modifica el artículo 23 de la DDS en el sentido de que la información suministrada al cliente lo será a través de formato electrónico, dando, no obstante, derecho al mismo para que puedan optar por recibirla en soporte papel. Con ello se adapta la normativa a un entorno digital, favoreciendo la contratación electrónica y abriendo la puerta a la información por niveles (“layers”) que se manifiesta como una forma de conciliar la plena información con la necesidad de resaltar los datos que se refieren a los elementos esenciales del contrato.

³²⁴ *Vid. Artículo 4.6 b) del Reglamento (UE) núm. 1286/2014, de 26 de noviembre de 2014, sobre los documentos de datos fundamentales relativos a los productos de inversión minorista vinculados y los productos de inversión basados en seguros.*

4.8. Contenido de la Propuesta de Reglamento modificando el Reglamento 1286/2014 (“Reglamento PRIIPS”) para modernizar el Documento de Datos Fundamentales (DDF)

El “Reglamento PRIIPS” es una pieza legislativa que tiene dos objetivos fundamentales: delimitar los productos que entran en su ámbito de aplicación y ser capaz de elaborar un documento que sea a la vez no excesivamente largo y capaz de reflejar los elementos esenciales, en línea con lo que el legislador europeo, reflejado en múltiples sentencias por parte del TJUE, desea. Es una pieza legislativa en la que el centro es el consumidor o minorista, por lo que debe ser el crisol de todo el acervo comunitario en la defensa de la posición jurídica de aquel y, al mismo tiempo, de procurar un desarrollo del Mercado Único de servicios financieros.

La reforma de esta Propuesta de Reglamento trata de aclarar algunas dudas en cuanto a los productos que entran dentro de su ámbito³²⁵ y, principalmente, se ocupa de mejorar el DDF con vistas a lograr los objetivos que la transparencia contractual exige. Todo ello sobre la base del objeto de dicho documento, que son productos “empaquetados”, con un cierto grado de complejidad que, en el caso de los productos de inversión basados en seguros se intensifica al reunir coberturas biométricas, propias del seguro de vida, bajo una estructura de un instrumento financiero y con horizontes temporales a un plazo largo.

4.8.1. Reformulación de la forma de presentar la información

Se despliega en tono a una mejora del DDDF en cuanto a la presentación de la información y en un cambio en el artículo 14 acerca de cómo presentar la información si se encuentra en un formato electrónico.

4.8.2. Estructura del Documento de datos Fundamentales (artículo 8 del Reglamento)

- Se introduce una sección nueva en la que se da una visión rápida de los elementos clave del producto (tipo de producto, indicadores de riesgos, costes totales, periodo de mantenimiento recomendado y prestaciones o garantías de seguro). De nuevo, la necesidad de resaltar los elementos clave del producto se manifiesta como un objetivo del legislador comunitario. La comparabilidad de los productos y el fomento de la competitividad en el mercado está en la base de esta propuesta, además de la protección del inversor a través de la información;
- Se regula de forma más detallada, y bajo una nueva sección denominada “En qué medida es sostenible medioambientalmente este producto?” dichos aspectos medioambientales, una vez que el marco comunitario sobre estas cuestiones

³²⁵ Así, el nuevo artículo 1(1)(b) excluyendo del ámbito de los productos de inversión basados en seguros a los productos minoristas que ofrecen rentas vitalicias sin fase de reembolso. Propuesta de Reglamento modificando el Reglamento 1286/2014.

[Reglamento (UE) 2019/2088, de 27 de noviembre de 2019 sobre la divulgación de información relativa a la sostenibilidad en el sector de los servicios financieros y Reglamento Delegado de la Comisión (UE), de 6 de abril de 2022, respecto a las normas técnicas de regulación que especifican los pormenores en materia de contenido y presentación que ha de cumplir la información relativa al principio de «no causar un perjuicio significativo», y especifican el contenido, los métodos y la presentación para la información relativa a los indicadores de sostenibilidad y las incidencias adversas en materia de sostenibilidad, así como el contenido y la presentación de información relativa a la promoción de características medioambientales o sociales y de objetivos de inversión sostenible en los documentos precontractuales, en los sitios web y en los informes periódicos], debiendo informarse sobre la proporción en la que las inversiones del producto están asociadas a actividades económicas sostenibles medioambientalmente. Así como las emisiones de gases de efecto invernadero que conllevan.

4.8.3. *Presentación de la información suministrada bajo formato electrónico*

Al adoptar el formato electrónico como formato por defecto, se regula de forma exhaustiva las posibilidades que dicho formato ofrece de cara a personalizar la información necesaria al inversor, que le permita comparar más eficazmente e interactuar con la herramienta informática, lo que le llevará a una mejor comprensión por su implicación en el proceso de diseño del producto y su adaptación a sus condiciones personales. Igualmente se contempla la posibilidad de que el producto se presente en un formato estructurado por niveles (“layers”), que permitirá afianzar el concepto de elementos clave del producto y los que son accesorios o complementarios, entendiendo los primeros como los que sustentan la decisión de invertir, pudiendo asimismo reducir la carga de información, que puede conllevar un “efecto dilución” de lo verdaderamente importante, como mucha doctrina jurisprudencial ha manifestado en cuanto a cómo ciertas condiciones básicas (piénsese en las cláusulas sobre tipos de interés y su revisión) se ocultan entre otras con escasa trascendencia en el proceso de decisión del cliente.

5. CONCLUSIONES SOBRE LAS REFORMAS INSERTAS EN LA ESTRATEGIA EUROPEA SOBRE EL INVERSOR MINORISTA

1. Se consolida la “vis atractiva” de la normativa sobre instrumentos financieros (“universo MIFID”) hacia un grupo relevante de productos de seguros: los productos de inversión basados en seguros. En este sentido, se responde por el legislador comunitario a las observaciones del Parlamento Europeo en su informe de 2018, con el fin de evitar que distintas normas aplicables pudieran situar en una ventaja competitiva a los productos de inversión basados en seguros. Los cambios principales que se basan en esta tendencia armonizadora

se centran en aproximar el tratamiento que la norma da a los incentivos que perciben mediadores y/o creadores de los productos (prohibición o limitación), así como en tratar de informar de los costes asociados del producto de forma exhaustiva en línea con la MIFID;

2. En un esfuerzo por llevar el principio de transparencia material a la normativa europea, se consolida la tendencia a que las piezas de documentación precontractual resalten los elementos esenciales que contienen los contratos y, con vistas a dar contenido a la idea de claridad de estos documentos, evitar que el cliente pueda ver alterada su percepción a través de técnicas que le produzcan sesgos en su proceso de toma de decisiones;
3. Lo anterior conlleva un sistema de protección del consumidor/inversor en el que, por su complejidad y carácter comprensivo, la intervención de las autoridades de supervisión resulta decisiva para lograr el “efecto útil” de la reglamentación. Así, vemos un gran número de delegaciones normativas para elaborar estándares técnicos regulatorios por EIOPA en las que se deben concretar formatos, tipos de información (costes, sostenibilidad ambiental...), control sobre comunicaciones publicitarias o ejecución del gobierno de productos, que hacen que la defensa del consumidor en su efectividad se traslade a la labor de supervisión sobre elementos que inciden directamente en el perfeccionamiento y en la ejecución del contrato;
4. La introducción del denominado “Value for money”, o rentabilidad adecuada refuerza el papel de los supervisores, en cuanto que deben vigilar si los productos ofrecidos en el mercado cumplen con los índices de referencia, así como a los supervisores europeos por su papel en la elaboración de estos sobre la base de las comunicaciones recibidas de los creadores y de los supervisores nacionales. Las competencias sobre prohibición e intervención de productos se ven, así, incrementadas³²⁶;
5. Interesa reseñar la propuesta de ofrecer la información precontractual a través de capas (“layers”), reconociendo el gran volumen de esta que se pone en disposición del cliente y la diferente importancia de los elementos que la componen, y que determinarían la voluntad de contratar.

³²⁶ El artículo 3.2 de la Ley de Contrato de Seguro reconoce el poder de vigilancia de la Administración Pública sobre las condiciones generales de los contratos, que se reconoce asimismo por el artículo 120 de la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras, al prever que el supervisor español pueda prohibir la utilización de “pólizas y tarifas”.

CAPÍTULO DECIMOTERCERO. ACTUACIONES DEL SUPERVISOR EUROPEO DE SEGUROS EN MATERIA DE TRANSPARENCIA Y DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES

El Derecho de la Unión Europea aparece como un desencadenante en la transformación del Derecho de Consumo en el ámbito comunitario y español en concreto. Y más aún cuando se trata de la protección del consumidor financiero. Centrada la Unión en un principio en la producción normativa³²⁷, los Reglamentos por los cuales se crean las Autoridades Europeas de Supervisión Financiera harán que el nivel comunitario se enfoque también su labor en el ámbito supervisor.

El Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) consagra una serie de principios en materia del consumidor que obligan a que todas las normas y las acciones comunitarias tengan una orientación favorable a aquel. Por otra parte, la ausencia de competencias comunitarias para legislar o actuar en el ámbito de los Derechos privados de los Estados Miembros ha hecho que las relaciones jurídico-privadas hayan sido afectadas a través de otras competencias y políticas que, o bien son exclusivas de la Unión Europea (como *“las normas sobre competencia necesarias para el funcionamiento del mercado interior”* del artículo 3.1.b del TFUE) o bien son compartidas con los Estados

³²⁷ El Plan de Acción de Servicios Financieros (1999-2004) se centró en producir normas que definirían una primera protección armonizada del consumidor de servicios financieros: Consultese: <https://eur-lex.europa.eu/EN/legal-content/summary/financial-services-action-plan-fsap.html>

Miembros (“el mercado interior” y “la protección de los consumidores”, del artículo 4.2 a y f). La apelación al mercado interior y a su buen funcionamiento entra de forma indirecta en el ámbito de las relaciones jurídicas que se producen entre los integrantes del mercado, tanto en el lado de la oferta como en el de la demanda. Las normas sobre protección de los consumidores desplegarán sus efectos, como ya hemos puesto de manifiesto, tanto al abordar la posición que el cliente ocupa en relaciones de inferioridad con el empresario (asimetría informativa), como en la necesidad de que en el mercado se produzca una eficiente asignación de recursos. En la medida en que la información es uno de los requisitos para el funcionamiento correcto de los mercados, y que el consumidor financiero debe conocer los rasgos del producto que contrata, la complejidad de éstos obliga a una actitud activa del legislador comunitario³²⁸.

El Reglamento 1094/2010 crea la Autoridad Europea de Seguros y Planes de Pensiones, de 24 de noviembre de 2010, (EIOPA por sus siglas en inglés), de forma que a partir de 1 de enero de 2011 la acción comunitaria se despliega en el ámbito de la supervisión de los sujetos que actúan en el mercado asegurador.

El denominado “Informe de Larosière”, de 25 de febrero de 2009, recomendaba la creación de estas autoridades europeas, una vez asimiladas las consecuencias de la crisis financiera de 2007 y 2008, que había hecho aflorar las deficiencias de una política de servicios financieros centrada únicamente en la regulación y no en la aplicación uniforme de las reglas.

Destinada principalmente esta supervisión europea al ámbito prudencial, el Reglamento menciona en su Considerando (17) todas las normas comunitarias que se ocupan del seguro y de los fondos de pensiones. Las Directivas “prudenciales”, que tiene su crisol codificador en la Directiva 2009/138/CE o “Directiva Solvencia II” contienen normas de información al asegurado.

La Directiva 2002/92/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de diciembre de 2002, sobre la mediación en los seguros también se menciona como afectada por la creación de esta Autoridad.

En el Considerando (21) se mencionan, agrupándolas, las dos finalidades que ocupan todo el derecho de protección de consumidor financiero, al mencionar que “...Es necesario introducir un instrumento eficaz para elaborar normas técnicas de regulación armonizadas en los servicios financieros, con objeto de garantizar, en particular a través de un único código normativo, condiciones de competencia equitativas y la protección adecuada de los titulares de pólizas de seguros... ”. El buen funcionamiento del mercado

³²⁸ En el Capítulo Decimosegundo se desarrollan las propuestas normativas derivadas de la Estrategia Europea sobre el Inversor Minorista, como una última “vuelta de tuerca” del legislador comunitario en busca del doble objetivo de un Mercado Único más eficiente sustentado en una reforzada protección del consumidor.

y la protección de los consumidores aparecen como fundamento de las normas de desarrollo (el “Nivel 2 Lamfalussy”) que deben producir un “único código normativo”. La labor normativa de la Autoridad Europea queda así consagrada mientras que el término “Código” nos sugiere un plano normativo más enfocado a la práctica que a los principios, fundamentando así la labor supervisora que se desarrollará normativamente en el Reglamento y que se materializará en las diferentes iniciativas supervisoras sobre la conducta de mercado que desplegará EIOPA en su actuación.

A lo largo de todo el Reglamento, se estructurará un entramado normativo en el que EIOPA asume funciones de supervisión en el ámbito de sus competencias:

- Instauración de un mecanismo “*...que permita a la Autoridad abordar los casos de no aplicación o aplicación incorrecta del Derecho de la Unión, que constituyan una infracción de dicho Derecho. Dicho mecanismo debe aplicarse en los ámbitos en los que el Derecho de la Unión define obligaciones claras e incondicionales*” (Considerando 26);
- Facultad de la Autoridad para para investigar los casos de aplicación supuestamente incorrecta o insuficiente de las disposiciones del Derecho de la Unión por las autoridades nacionales en sus prácticas de supervisión, proceso que finalizará con una recomendación. Si la autoridad nacional no sigue la recomendación, la Comisión Europea podría actuar como garante del cumplimiento del Derecho de la Unión (Considerando 27);
- Posibilidad de que la Autoridad se dirija a las entidades financieras concretas en caso de inacción por parte de las autoridades nacionales (Considerando 28);
- “*...la Autoridad debe poder prohibir o restringir temporalmente determinadas actividades financieras que amenacen el funcionamiento correcto y la integridad de los mercados financieros o la estabilidad de la totalidad o de parte del sistema financiero en la Unión en los casos especificados y en las condiciones establecidas en los actos legislativos mencionados en el presente Reglamento*” (Considerando 11);
- Todo ello se completa con un poder normativo en forma de Directrices, recomendaciones y decisiones (particularizadas), que garanticen la efectividad del cumplimiento de sus funciones (Considerando 25 y artículos 8 y 16).

En el articulado se desarrollan estos principios de la Exposición de Motivos:

- En el artículo 1.6, dentro de sus objetivos para garantizar el buen funcionamiento de los mercados financieros, promoverá la igualdad de condiciones de competencia y reforzará la protección del consumidor;
- En su artículo 8 contempla su función de “*promover la protección de los titulares de las pólizas de seguros, participantes en planes de pensiones y beneficiarios*”.

- En materia de protección del consumidor, el artículo 9 regula de forma exhaustiva las finalidades que en esta materia persigue la creación de la Autoridad;
- El artículo 29 contempla la necesidad de establecer una “Cultura de supervisión común”, generando los instrumentos que garanticen la misma conducta supervisora por las autoridades nacionales;
- Actuaciones en situación de emergencia que afecte a la estabilidad y correcto funcionamiento del sistema financiero (artículo 18 “*Actuación en situaciones de emergencia*”).

1. FUNCIONES RELACIONADAS CON LA PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES

Como ya hemos citado, el artículo 9 desarrollará de forma prolífica las intenciones, poderes e instrumentos que la Autoridad va a tener para abordar esta tarea.

Merece la pena destacar como en primer lugar se refiere a la promoción de la transparencia, la sencillez y la equidad con relación a los productos o servicios financieros puestos a disposición de los consumidores en el mercado interior. Estos tres elementos (transparencia, sencillez y equidad) cubren las bases que informan el sistema de protección desplegado por la Ley de Contrato de Seguro. Ya hemos tratado el enfoque que a través de las normas comunitarias y de la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea se ha conformado respecto del principio de transparencia, no sin un profundo debate en la doctrina y jurisprudencia españolas. En lo que respecta a la “sencillez” (simplicity), además de ser un factor común en la normativa que rige las condiciones generales de los contratos, resulta un ideal perseguido por la industria aseguradora y por las asociaciones o entes destinados a la protección de los consumidores. Sobre la equidad, parece referirse al principio de equivalencia de prestaciones entre las partes del contrato, base común de la normativa de defensa de los consumidores y sobre las condiciones generales,

En suma, se crea un marco normativo en el que la supervisión deja de ser un sistema nacional para abrir la puerta a un nuevo paradigma en el que la Autoridad va a llevar hasta lo que la normativa le permite sus funciones y competencias. Con ocasión de la adopción del Reglamento PRIIPs estos poderes se desarrollarán de forma sustancial, al regular la posibilidad de prohibición o limitación de actividades o productos que entran dentro del ámbito de aplicación del mismo (artículos 16 y 17).

2. ACTUACIONES DE EIOPA EN EJECUCIÓN DE SU FUNCIONES

La situación creada por la pandemia del COVID-19 generó una reacción de EIOPA sobre las consecuencias que una situación excepcional como la que se generó podría producir en los asegurados. Por parte del supervisor europeo se estimó que la situación de vulnerabilidad del consumidor ante una situación de este tipo podría verse reforzada principalmente por la suspensión de los cauces habituales por los que los asegurados

podrían ejercer sus derechos derivados de los contratos de seguro motivada por los confinamientos decretados por las autoridades.

2.1. Declaración sobre las medidas a adoptar por los distribuidores ante la situación derivada del COVID-19

Así, la primera reacción se produce el 1 de abril de 2020 publica una Declaración que dirige a los intermediarios y a los aseguradores (distribuidores, en la definición derivada de la Directiva de Distribución de Seguros) en la que exhorta a estos a desplegar una serie de acciones con relación a los asegurados ante la situación creada por la pandemia. En suma, lo que hace es definir unos patrones de diligencia que en cierta medida implica adaptar el principio consagrado en el artículo 17 de la Directiva de Distribución³²⁹ a la situación excepcional creada por la pandemia, sobre la base de la propia característica del contrato de seguro como contrato de trato sucesivo, en el que cualquier alteración del elemento temporal puede afectar al desarrollo del mismo y a la manera de ejercer los derechos y cumplir sus obligaciones por los asegurados.

Los ámbitos en los que los distribuidores deberán desplegar su actuación diligente son los siguientes:

- Proporcionar a tiempo y de forma clara a los consumidores la información sobre los derechos que derivan de su relación contractual. A destacar cómo el elemento de la claridad, como base de la transparencia se reproduce en esta Decisión, acompañándolo de la adecuación temporal, evitando que una información facilitada en un momento inadecuado no permita un ejercicio efectivo de sus derechos;
- Tratar a los consumidores de forma leal y remitir las comunicaciones que se requieran conforme a su situación en el contrato;
- Informar a los consumidores sobre las medidas de contingencia adoptadas;
- Continuar en el cumplimiento de las obligaciones derivadas del gobierno y supervisión de productos. Ello puede suponer una reevaluación de las necesidades de los clientes y de la adecuación de dichos productos a sus necesidades;
- En una reiteración del principio del artículo 17, se recuerda la obligación de mantener ese trato leal con el cliente y aplicar un criterio de flexibilidad al afrontar las relaciones que mantiene con él. Se trata de una concreción del principio de buena fe contractual que adquiere una especial significación y ámbito cuando se

³²⁹ *Vid. Artículo 17 de la Directiva (UE) 2016/97 dispone: “Los Estados miembros garantizarán que los intermediarios de seguros o los distribuidores de seguros, cuando desarrollen actividades de distribución de seguros, actúen siempre con honestidad, equidad y profesionalidad, en beneficio de los intereses de sus clientes”.*

trata de una relación contractual en la que una de las partes se sitúa en una posición de inferioridad respecto de la otra.

2.2. La supervisión frente a las exclusiones. Decisión sobre las exclusiones contenidas en los productos de seguros relativas a los riesgos derivados de los acontecimientos de carácter sistémico

El seguimiento por parte de EIOPA de los problemas que para los derechos de los asegurados supuso la pandemia, puso de manifiesto que el evento pandémico no siempre estaba cubierto de forma clara en las pólizas o podría generar confusión acerca de su cobertura o no en los contratos. De esta forma, el supervisor europeo se centró en el estudio de las exclusiones y su tratamiento en los contratos como una forma de abordar uno de los temas clave de la relación contractual aseguradora. Dado lo amplio del tema de las exclusiones, EIOPA se ha centrado en el estudio de las exclusiones que afectan a eventos sistémicos o extraordinarios, si bien puede estimarse como un primer paso para aplicar la aproximación que la normativa europea ha adoptado en torno a la transparencia, tanto por las Directivas como por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

La cobertura del riesgo de pandemia.- A raíz de la crisis del COVID-19 se planteó si este riesgo estaba cubierto por algunos productos aseguradores. El principal debate surge con relación al seguro de interrupción del negocio (“business interruption”), el cual se integraría en los seguros de lucro cesante de nuestra Ley de Contrato de Seguro (artículos 63 a 67).

La Autoridad de conducta financiera británica (FCA) puso en marcha un “Court Case” en 2021³³⁰ con la finalidad de obtener una decisión judicial sobre la posible cobertura del riesgo de pandemia en un grupo de pólizas sobre interrupción de negocio seleccionadas de entre las que el mercado ofrecía. El objeto de la controversia era resolver la incertidumbre que los asegurados tenían sobre la base de los términos y enunciado de las cláusulas contractuales contenidas en los contratos seleccionados. Se trataba de determinar si las restricciones provocadas por las medidas gubernamentales de confinamiento provocadas por la pandemia era un riesgo cubierto por los contratos de seguro de interrupción de negocio. Dada la poca claridad de su contenido y el rechazo de las entidades a cubrir los daños ocasionados a los asegurados, la autoridad británica procedió a poner en marcha este mecanismo con vistas a obtener un juicio experto sobre la materia. El resultado fue la emisión de una serie de pautas para orientar a los aseguradores y a los asegurados acerca de la cobertura de sus pólizas.

En el mercado español también se produjeron algunas reclamaciones por dudas sobre la cobertura del riesgo de pandemia en el ámbito del seguro de lucro cesante y sus

³³⁰ Al respecto, consúltese: <https://www.fca.org.uk/news/press-releases/supreme-court-judgment-business-interruption-insurance-test-case>

modalidades, que dieron lugar a sentencias contradictorias en cuanto a reconocer la cobertura del riesgo derivado de la situación de pandemia³³¹.

Con base en este supuesto, EIOPA aborda de una manera más amplia el tema de las exclusiones en los contratos de seguro.

2.3. El uso de los sesgos de conducta del cliente en el diseño de las normas de defensa del consumidor y su aplicación al suministro de información

Consecuencia no sólo de la doctrina de los hallazgos de la economía conductual, sino también de la interpretación que de la Directiva 93/13 ha llevado a cabo la jurisprudencial del TJUE³³², EIOPA ha desarrollado sus propios enfoques en la manera en que las normas que tienen como objetivo abordar la asimetría informativa deben incrementar su eficacia. Para ello deben valorarse los sesgos que pueden detectarse en el consumidor financiero y la forma en la que deben presentarse las cláusulas predispuestas por el empresario. Asimismo, existe una reacción ante el “exceso informativo”, que tiene el efecto de restar eficacia a la pretendida protección, sobre la base de que no todo el contenido del contrato (de las condiciones generales) tiene la misma importancia para el consumidor. Y al mencionar “importancia” no hacemos sino recopilar lo que tanto la normativa como la jurisprudencia ha intentado perfilar cuando se habla de los elementos esenciales del contrato como determinantes de la voluntad del cliente de adherirse o no al mismo. Es decir, se podría hablar de condiciones del contrato que determinan la voluntad del cliente de contratar o no frente a otras que debe el cliente conocer para definir completamente su posición jurídica en éste.

Por ello, el legislador debería abandonar el enfoque basado únicamente en el suministro de información y centrarse más en el cómo presentar esa información. Ya hemos hablado de los formatos armonizados que utilizan las recientes normas comunitarias, fruto de pruebas de mercado en busca de una comprensión media, si bien por parte de EIOPA se pretende avanzar más, abordando asimismo las limitaciones, y también ventajas, que los dispositivos electrónicos presentan para los consumidores.

En este sentido, EIOPA ha elaborado un Manual sobre principios y buenas prácticas sobre documentos informativos que se basa en la experiencia obtenida en el examen del

³³¹ A favor de la cobertura, la Sentencia de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Gerona, de 3 febrero de 2021, (59/2021), que interpreta que debería haberse incluido como una cláusula limitativa de los derechos del asegurado, y cumplir los requisitos formales del artículo 3 de la LCS.

³³² La referencia a un consumidor medio como referente de un juicio sobre la transparencia objetiva, la posición en la que determinadas cláusulas deben figurar en el conjunto de las condiciones generales, así como el momento en el que las citadas cláusulas deben darse a conocer, por ejemplo.

mercado de pensiones³³³. El punto de partida es el reconocimiento de la complejidad de los productos financieros, por lo que cualquier diseño del sistema informativo debe tener en cuenta este rasgo.

Varios elementos se ofrecen para reforzar la eficacia de la información que debe el consumidor disponer:

1. **Conductuales.** – Se deberá considerar los sesgos que el consumidor aplica en su proceso de selección y adhesión a un contrato. La forma de presentar la información y las pruebas de mercado con usuarios reales son básicos en este punto;
2. **Información por capas (“layering”)** - Ya reconocido en la legislación comunitaria³³⁴, implica admitir la diferente importancia de los componentes que integran la información, con la finalidad de reducir la carga para el cliente, de forma que la primera “capa” contenga lo que es clave para el usuario (la causa de contratar), conteniendo vínculos sencillos que contesten por orden de importancia a los deseos del consumidor. La conservación en todo momento de la información de la primera capa se entiende como básico para impedir que la conducta del usuario quede condicionada por el ritmo o cadencia de la información presentada;
3. **Disposición.** – La presentación visual se deberá adaptar al dispositivo utilizado y contener las preguntas que el consumidor se haga con relación al producto y, principalmente, a las necesidades que dese cubrir con él;
4. **Proyecciones.** – Sobre la base de la complejidad del producto, se establecen normas sobre cómo presentar las proyecciones o comportamiento a futuro del producto. La jurisprudencia tanto nacional como del TJUE se ha ocupado reiteradamente de la necesidad de que el consumidor conozca las consecuencias económicas del producto que contrata y su posición en el mismo. La ponderación en la forma de presentar esos escenarios, condicionados por distintos factores, tiene como finalidad evitar consentimientos del cliente basados en información sesgada.

2.4. Conclusión

Vemos como enfoques y criterios que han sido objeto de resoluciones judiciales sobre conflictos derivados de la ausencia o las carencias en la provisión de información al

³³³ EIOPA, *Principles and good practices to be applied in disclosure documents*. Disponible en: https://www.eiopa.europa.eu/tools-and-data/behavioural-insights-insurance-and-pensions-supervision/principles-and-good-practices-be-applied-disclosure-documents_en

³³⁴ Ya nos referimos a la Propuesta de Directiva “Ómnibus”, de 24 de mayo de 2023 y de la normativa sobre el Producto Paneuropeo de Pensiones (“PEPPs”). *Vid. supra*, Capítulo Decimosegundo, apartado 4, relativo al contenido de la Propuesta de Directiva “Ómnibus”.

consumidor son asumidos por los reguladores de forma que exigen la emisión de una serie de reglas cuya efectividad se sustenta en la acción supervisora, sin olvidar que la relación contractual queda muy condicionada por la forma en que estas normas son respetadas por los predisponentes en su forma de relacionarse con los consumidores.

Por último, estas herramientas dirigidas a la provisión de información no son sino una más de las formas que el legislador tiene de defender al adherente en la relación contractual, junto con otras que integran el derecho de conducta (Gobierno de productos, evaluación de demandas y necesidades o adecuación del cliente, asesoramiento...).

POR SU IMPORTANCIA EN LA FORMACIÓN Y DESARROLLO DEL CONTRATO, ESTE CONJUNTO DE NORMAS Y PRÁCTICAS DEBEN SER PARTE DEL DERECHO CONTRACTUAL, ABANDONANDO LA ESTRICTA SEPARACIÓN ENTRE EL DERECHO PÚBLICO Y EL DERECHO PRIVADO APLICABLE, INTEGRÁNDOLAS EN UN MISMO CUERPO NORMATIVO, EN FORMA DE CÓDIGO SE SEGUROS, AL IGUAL QUE OTROS ORDENAMIENTOS HAN LLEVADO A CABO

3. CONCLUSIONES

1. En el marco de las competencias que el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea reserva a la Unión, la protección del consumidor y del mercado interior inciden en el ámbito de las relaciones jurídicas que se producen en el ámbito financiero;
2. El legislador comunitario se manifestará de forma muy activa en cuanto a romper la asimetría informativa presente en estas relaciones;
3. La creación de las Autoridades Europeas de Supervisión y, en concreto, la creación de EIOPA como autoridad europea sobre los seguros se plasmará en la emisión por esta de Directrices de gran contenido práctico y en actuaciones de vigilancia sobre el mercado en un intento de definir los deberes de diligencia y de conducta exigibles a los distribuidores de seguros;
4. El abanico de competencias que contempla el Reglamento de creación abarca tanto la vigilancia de la correcta aplicación del Derecho de la Unión, como la protección de los titulares de las pólizas de seguros y la posible prohibición de ciertas actividades financieras;
5. Transparencia, sencillez y equidad resumen los principios de actuación en defensa de los consumidores, reflejando así principios consagrados en la jurisprudencia comunitaria y en las normas, tanto nacionales como comunitarias (equilibrio de prestaciones como manifestación de la equidad, por ejemplo);
6. En su actuación sobre las exclusiones en las pólizas, puestas de manifiesto con ocasión de la crisis generada por el COVID-19, EIOPA ha perfilado los deberes de diligencia de los distribuidores, ha subrayado la importancia de los sesgos conductuales y su influencia en la elección del consumidor. Igualmente se ha profundizado en la forma de presentar la información al consumidor, tratando especialmente la información “por capas” y la conducta a observar en la presentación al cliente;
7. Se observa, pues, un “continuum” entre los principios que persigue la normativa protectora del tomador (“actuar en interés del cliente”), la concreción de los deberes

que normas como la Directiva de Distribución de Seguros establece y la conducta que debe el distribuidor desarrollar en el ejercicio de sus deberes de diligencia;

8. En consecuencia, debe considerarse como una única materia la provisión de información, su forma y los deberes de conducta que encierra, la cual debería integrarse en un instrumento normativo único en forma de Código o como desarrollo de los principios contemplados en la Ley de Contrato de Seguro, a la cual se vincularía como una legislación delegada. Una separación entre normas con base en su pretendido carácter público o privado eliminaría la necesaria visión globalizadora en donde la actuación del distribuidor configura la posición que el consumidor va a adquirir en el contrato;
9. En este sentido, la labor de los supervisores, europeo y nacional, adquiere una relevancia fundamental en cuanto a la consecución del fin de la norma jurídica; la evitación y prevención de la litigiosidad que la complejidad del esquema definido por la conducta establece. De este modo, el Derecho Privado pierde protagonismo a favor de la intervención de organismos de Derecho Público. La asunción de la defensa del consumidor como una función de interés general inclina la balanza del lado del ente de naturaleza pública.

CAPÍTULO DECIMOCUARTO. POTESTADES DEL SUPERVISOR SOBRE LOS CONTRATOS DE SEGUROS CON UN COMPONENTE DE INVERSIÓN

Ya hemos puesto de manifiesto cómo este tipo de productos juegan un papel de revulsivo en el ordenamiento comunitario, dado que su novedosa estructura “mixta” y su complejidad obligan a perfilar la defensa del inversor-consumidor en aras de la transparencia. El contexto en el que el Reglamento PRIIPs aparece, en el que las Autoridades Europeas de Supervisión (“ESAs”) juegan un papel decisivo, hará que la actuación supervisora se robustezca como la forma de lograr los objetivos de protección de los consumidores que sus estatutos establecen.³³⁵

Consecuencia de ello, exponemos en este apartado cómo el Reglamento PRIIPs va a dotar a los supervisores de nuevos instrumentos para influir en el contenido de los productos incluidos en su ámbito de aplicación, dando paradójicamente un nuevo impulso del contenido del artículo 3.2 de la Ley de Contrato de Seguro³³⁶, junto a todo el marco que en la normativa de supervisión prudencial se consagra a los poderes del supervisor de seguros en cuanto a la vigilancia del contenido de los contratos de seguro.

El que se denomina de forma coloquial como “Reglamento PRIIPs”, por las iniciales en inglés de los productos a los que va destinado (“*packaged retail and insurance-based*

³³⁵ Por todos, artículo 1.6 f) del Reglamento (UE) 1094/2010, 24 de noviembre de 2010, por el que se crea una Autoridad Europea de Supervisión (Autoridad Europea de Seguros y Pensiones de Jubilación).

³³⁶ *Vid.* Artículo 3.2 de la Ley de Contrato de Seguro: “...Las condiciones generales del contrato estarán sujetas a la vigilancia de la Administración Pública en los términos previstos por la Ley...”.

investment products”), ya hemos visto que se enmarca en el intento del legislador comunitario de extender a una serie de productos con una principal finalidad inversora y una vestidura jurídica variada (aplicando el principio de prevalencia del fondo sobre la forma, tan extendido sobre todo en el ámbito de las normas internacionales de contabilidad) unas exigencias comunes de transparencia, materializadas en un documento armonizado y común, tanto en la forma como en el contenido, en aras de una mejora de la protección del consumidor y de la integridad del mercado. Esa integridad del mercado no sólo debe entenderse como una finalidad a conseguir en un concreto mercado o submercado dentro de los servicios financieros, sino que actúa en el ámbito intersectorial, con vistas a evitar un posible arbitraje regulador si en función del mercado en el que el producto se comercializa sus requisitos de transparencia difieren por hacerlo las normas que se les aplican.

La técnica unificadora que utiliza el Reglamento se basa en una técnica ya utilizada, como se ha visto, en otras normas comunitarias [UCITS, hipotecas...].

Pero debemos detenernos en la potestad que se da a los supervisores que les permite actuar en el mercado de la forma más intrusiva que se puede establecer, esto es, a través de la intervención o prohibición de productos.

Esta potestad ya se había instaurado en el ámbito de los instrumentos financieros a través de las siguientes normas:

- Artículo 9.5 del Reglamento (UE) núm. 1094/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de noviembre de 2010 por el que se crea una Autoridad Europea de Supervisión (Autoridad Europea de Seguros y Pensiones de Jubilación -EIOPA por sus siglas en inglés-);
- Artículos 40 a 42 del Reglamento (UE) núm. 600/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de mayo de 2014 relativo a los mercados de instrumentos financieros (MIFIR) y por el que se modifica el Reglamento (UE) núm. 648/2012.

En el primer caso, el Reglamento de creación de EIOPA en una disposición común a los otros Reglamentos de creación de las autoridades europeas de supervisión (Reglamentos 1093 y 1094/2010 sobre la Autoridad de Mercados Financieros y sobre la Autoridad Bancaria Europea) que contemplan entre las funciones de dichas autoridades en cuanto a la protección de los derechos de los consumidores, la de prohibir o restringir de forma temporal determinadas actividades financieras que afecten de forma grave a la estabilidad financiera y a los mercados financieros en el marco de los actos legislativos comunitarios que se refieren a los seguros, lo cual se llevará a cabo mediante una decisión de la Junta de Supervisores del supervisor europeo, que podrán impugnarla.

El Reglamento MIFIR concreta estos poderes con relación a los instrumentos financieros y a las actividades de ese tipo, de forma que se diferencian entre los poderes de la autoridad bancaria europea (EBA) sobre los depósitos estructurados y los de la autoridad europea de valores y mercados (ESMA) sobre los instrumentos financieros en general, previendo asimismo la competencia de las autoridades nacionales sobre los mismos productos y actividades. En todo caso, estos poderes se fundamentan en la necesidad de proteger al consumidor y a los mercados de turbulencias que afecten a su correcto funcionamiento y estabilidad. Asimismo, se exige que los actos comunitarios vigentes no sean capaces de hacer frente a los problemas detectados con los instrumentos en ellos previstos.

Cuando se aprueba el Reglamento PRIIPs en noviembre de 2014, se estimaba necesario ampliar estos poderes para que comprendieran los productos no contemplados en los Reglamentos ya citados, lo que en la práctica suponía incluir a los denominados “*productos de inversión basados en seguros*”, dado que los otros instrumentos financieros ya estaban cubiertos por el Reglamento MIFIR. Así, por esta vía, una serie de productos dentro de los seguros de vida quedan sometidos a estos poderes de intervención, que pueden ser ejercitados tanto por las autoridades nacionales como por la propia EIOPA [que siempre actúa en un nivel subsidiario, ante la falta de respuesta o por una respuesta inadecuada de la autoridad nacional].

Así, los artículos 17 y 18 del citado Reglamento PRIIPs reproducen casi literalmente el contenido de sus antecesores del Reglamento MIFIR, favoreciendo de esta forma unas mismas reglas de juego para todos los productos con una función económica similar.

1. NORMATIVA DE DESARROLLO

Cumpliendo el mandato de los artículos 16.8 y 17.7, la Comisión adoptó el Reglamento Delegado (UE) 2016/1904, de 14 de julio de 2016³³⁷, en donde se desarrolla de forma pormenorizada el ejercicio de estos poderes, tanto por parte de EIOPA como de las autoridades nacionales.

2. OBJETO DE LA INTERVENCIÓN O PROHIBICIÓN

El poder que las fuentes citadas regulan se ejerce sobre los “*productos de inversión basados en seguros*” (“*IBIPs en lo sucesivo*”) cuya denominación se recoge en el artículo

³³⁷ REGLAMENTO DELEGADO (UE) 2016/1904 de la Comisión de 14 de julio de 2016 por el que se completa el Reglamento (UE) núm. 1286/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que atañe a la intervención en materia de productos. Diario Oficial de la Unión Europea, de 29 de octubre de 2016, L 295/11.

4 2) del Reglamento PRIIPs, que lo describe como todo *producto de seguro que ofrece un valor de vencimiento o de rescate que está expuesto en todo o en parte, directa o indirectamente, a las fluctuaciones del mercado*. Para completar este escueto concepto, la Directiva 2014/65/UE (Directiva MIFID II) en su artículo 91 modificó la Directiva 2002/92/CE, de mediación de seguros, introduciendo una “definición negativa” de los productos de inversión basados en seguros, estableciendo que no estaban comprendidos en esta categoría:

“a) los productos de seguro distintos del seguro de vida, tal como se enumeran en la Directiva 2009/138/CE, anexo I: “Ramos de seguro distinto del seguro de vida”;

b) los contratos de seguro de vida en los que las prestaciones previstas en el contrato sean pagaderas únicamente en caso de fallecimiento o respecto de situaciones de invalidez provocadas por accidente, enfermedad o trastorno;

c) los productos de pensión que, de conformidad con la legislación nacional, tengan como finalidad primaria reconocida la de proveer al inversor de una renta en la jubilación y que dé derecho al inversor a recibir determinadas prestaciones;

d) los regímenes de pensiones profesionales reconocidas oficialmente que entren en el ámbito de aplicación de la Directiva 2003/41/CE o de la Directiva 2009/138/CE; y

e) los productos de pensión individuales en relación con los cuales la legislación nacional exija una contribución financiera del empleador y en los cuales el empleador o el empleado no tengan posibilidad alguna de elegir al proveedor del producto de pensión”.

Independientemente de cómo cada Estado Miembro haya caracterizado en el ámbito de su mercado nacional los productos que se integran en esta categoría de IBIPs, lo que resulta evidente es que las disposiciones referentes a su intervención o prohibición afectan a una parte de los productos incluidos en el Anexo II de la Directiva 2009/138/CE, de 25 de noviembre de 2009, sobre el seguro de vida, el acceso a la actividad de seguro y de reaseguro y su ejercicio (Solvencia II), donde se describen los Ramos de seguro de vida que quedan bajo el ámbito de la Directiva, y que se relacionan en el artículo 2.3 a), i) y ii) de dicha Directiva, es decir, los siguientes, “cuando deriven de un contrato”:

- *el seguro de vida, que comprende el seguro en caso de vida, en caso de muerte, el seguro mixto, el seguro de vida con contraseguro, el seguro de nupcialidad, el seguro de natalidad; y*
- *el seguro de renta;*

Debemos destacar en primer lugar la terminología utilizada y que difiere entre las Directivas de seguros (la Directiva 2009/138, aun siendo contemporánea, es una Directiva de codificación, por lo que recoge los términos utilizados en las sucesivas generaciones de directivas de Vida y No-Vida) y las normas más actuales. Nos referimos a la utilización del término “producto de seguros” frente a “contrato de seguros”. En el Reglamento PRIIPs el objeto es el producto, al igual que en la Directiva 2016/97 sobre distribución de seguros, mientras que en las “tradicionales” Directivas Vida y No-Vida se habla de “contrato”, como ya se ha hecho notar con anterioridad al tratar los ramos de seguro de vida. Se trataría en nuestra opinión de orientarse al mercado, en una visión más económica que jurídica (el contrato nos hablaría de la vestidura jurídica del producto) y que permitiría una mejor clasificación del objeto sobre el que recaen estas potestades, ya que, independientemente de que cada contrato considerado individualmente contenga cláusulas no idénticas a otro, el producto es una categoría más fácilmente homologable, pues la visión sobre el mismo sería más global, atendería al conjunto de derechos y obligaciones que contiene en su totalidad, lo cual estructura una relación entre empresario y consumidor-cliente sobre la que recaerían los juicios sobre el equilibrio de las prestaciones, el respeto a los derechos de la parte débil del contrato,...Con ello una decisión sobre un producto o productos englobaría todos los contratos cuyas condiciones generales y particulares determinan un contenido económico similar en cuanto al juicio que lleva a su intervención o prohibición.

Junto al producto, el objeto de la actuación de la autoridad nacional es “*un tipo de actividad o práctica financiera*” que lleven a cabo las empresas de seguros o reaseguros. Aquí el legislador comunitario se aparta del núcleo contractual para abrir la intervención a cualquier forma de actuación de las entidades en el mercado. Sobre cómo entender el concepto “práctica o actividad”, podría interpretarse en un sentido amplio, de forma que incluiría cualquiera llevada a cabo en los distintos momentos del ciclo del producto, bien en el período precontractual, en la ejecución de sus prestaciones o en los actos que pudieran exigir su terminación. Parece que se incluirían actividades que de una forma u otra incidieran en el funcionamiento del mercado, no pudiendo olvidar el campo de las prácticas de competencia desleal.

3. CONTENIDO DE LA POTESTAD DE INTERVENCIÓN O PROHIBICIÓN

El Reglamento PRIIPs nos habla de “prohibir o restringir”, lo cual da a las autoridades un amplio abanico de opciones, pues puede ser total, en el sentido de una restricción absoluta, o bien puede tener por objeto un determinado grupo de clientes o consumidores, un canal de venta, una forma de comercialización (por ejemplo, a través de un seguro de grupo o como elemento de una venta combinada o vinculada). Esos poderes se proyectan en la “*comercialización, distribución o venta*” de este tipo de productos. El legislador comunitario emplea estos términos aparentemente sinónimos para abarcar todas las

formas en las que un producto puede llegar al consumidor, pero también abarcando todas las fases que se incluyen en el proceso de adquisición (*“marketing, distribution or sale”*) consolidando así la importancia del período o proceso precontractual como manifestación del requisito de buena fe objetiva que requiere la transparencia como principio de la contratación seriada.

3.1. Condiciones para la intervención

Tanto el Reglamento PRIIPs como el Reglamento delegado de la Comisión que lo desarrolla fijan de forma pormenorizada los requisitos que desencadenarían la intervención de las autoridades. La interrupción que el ejercicio de tales poderes supone para el libre mercado aconsejan una tipicidad muy desarrollada en cuanto a los desencadenantes que la legitiman. Tres elementos deben tenerse en cuenta:

1. La “maldad” intrínseca del producto o actividad, que se despliega tanto por su afectación negativa a los intereses del inversor, al funcionamiento de los mercados y a su integridad o a la estabilidad de todo o parte del sistema financiero. Por tanto, consumidores (inversores), mercados o sistema financiero son las víctimas de estos productos, actividades o prácticas. El Reglamento no habla de tomadores o asegurados, sino de “inversores”, por lo que en cierta medida delimita los intereses que deben protegerse; sin embargo, la doctrina jurisprudencial comunitaria ha aplicado normas propias de los instrumentos financieros a los tomadores de productos “unit-linked”;
2. Carencias en el entramado normativo (en el “acervo comunitario”), que impiden que los instrumentos o medios que la legislación vigente puedan resolver los problemas detectados y que afectan a los mercados financieros, a la estabilidad financiera o a los inversores. La intervención o prohibición se manifestaría así como una medida de último recurso, que interrumpe el normal desenvolvimiento del mercado, que debe funcionar en un contexto de libertad, aunque sometido a regulación. Este punto resulta ser de gran complejidad práctica, pues cabe preguntarse si exige un fallo previo de los medios disponibles en la regulación o bien una constatación de que el supuesto de hecho planteado por la distorsión que se quiere corregir no está amparado o previsto por ninguna de las normas en vigor;
3. No afectación negativa al funcionamiento del mercado de la Unión. Ello implica una valoración de los efectos que una medida de este tipo puede tener en el resto de los mercados nacionales (de ahí el deber de consulta a las autoridades de los mercados afectados), además de la necesidad de no afectar a una competencia efectiva en el mercado, manteniendo las reglas de juego en el mismo nivel entre mercados.

3.2. Procedimiento

Debe precisarse que los primeros legitimados para el ejercicio de este tipo de actuaciones son las autoridades nacionales, las cuales, no obstante, deben contar con la intervención de la autoridad europea EIOPA. Esta intervendría como titular de estos poderes de prohibición o intervención de forma subsidiaria en caso de que la autoridad nacional no haya sido capaz, por omisión o deficiencia, de abordar el problema planteado. En todo caso, la ejecución de la medida de intervención o prohibición exigirá que la autoridad EIOPA emita un dictamen aceptando la misma.

4. MEDIDAS DE INTERVENCIÓN EN LOS CONTRATOS DE SEGURO POR LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN LA NORMATIVA ESPAÑOLA

Ley de Contrato de Seguro. - Por orden de su importancia y cronológico el artículo 3 de la Ley de Contrato de Seguro figura como la principal fuente sobre los poderes de intervención de la administración pública en los contratos de seguro.

Así, en dicho artículo se consagra en el enfoque que el legislador da a las condiciones generales del contrato. En el primer párrafo se describen las condiciones de incorporación de éstas al contrato y las limitaciones de su contenido, conjugando la doble vertiente de estas condiciones en cuanto a la salvaguarda de la transparencia y el equilibrio de las prestaciones de las partes. Es en el segundo párrafo donde se introduce la intervención de la Administración Pública, con un genérico deber de vigilancia que las leyes concretarán. El objeto de esta vigilancia son las propias condiciones generales, las cuales no están definidas en la propia Ley de Contrato de Seguro, sino sólo descritas. La doctrina y la jurisprudencia ha generado un gran debate sobre estas condiciones, entre las que se identifican las que son lesivas o abusivas y las limitativas, con diferente régimen en cuanto a la inadmisibilidad absoluta de las primeras y la posibilidad de incorporar las segundas si se acompañan de requisitos de transparencia.

La Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación no establece una definición de las mismas, pero en su preámbulo las cualifica en el contrato como aquellas que se utilizan en una generalidad de contratos, incluyéndolas en el ámbito de la contratación en masa, clarificando que se cualifican por no haber sido negociadas entre las partes y configurando una vis atractiva de estas en cuanto aunque una parte del contrato haya sido objeto de esta negociación no por ello el contrato deja de estar sometido al régimen de las condiciones generales. Debe haber, pues, una valoración global del contrato y de las relaciones que genera entre las partes para sopesar la importancia de lo negociado individualmente en el equilibrio general de las relaciones entre las partes.

En el caso del seguro, las condiciones generales definirían el contenido económico del contrato, que, con arreglo a la definición del artículo 1 de la Ley serían los riesgos cubiertos “dentro de los límites pactados” y la prima satisfecha por dicha cobertura. Serán los límites de la obligación, delimitado por el riesgo cubierto, los que deben regular las condiciones generales.

5. CONTENIDO DEL DEBER DE VIGILANCIA POR LA ADMINISTRACIÓN

La normativa de supervisión prudencial es la que define y delimita el contenido del deber de vigilancia de la Administración sobre las condiciones generales.

Así, la fuente normativa se encuentra en el artículo 95 de la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras. Bajo el principio de puesta a disposición y no de aprobación previa, las competencias de vigilancia se van a ejercitar sobre los que podíamos denominar “documentación contractual”. Usando dos términos sinónimos el deber de vigilancia se ejerce sobre “las condiciones contractuales y los modelos de pólizas”. Respecto de la redacción que daba a este precepto en la Ley 30/1995 de ordenación y supervisión de seguros privados (artículo 24), se añade el término “condiciones contractuales”, que genera más confusión que otra cosa, dado que la expresión “modelos de pólizas” es la que delimita el objeto del deber de vigilancia, que exige generalidad, al tratarse de condiciones generales. “Condiciones contractuales” parece remitir a un deber de vigilancia sobre cada contrato particular y no aquellos que se someten a un modelo, y que, por lo tanto, son condiciones generales. Desde la óptica de la normativa a la que se debe remitir el deber de vigilancia, se habla de la propia Ley 20/2015 y sus normas de desarrollo, así como las “reguladoras del contrato de seguro”. La Ley 30/1995 mencionaba expresamente a la Ley de Contrato de Seguro. La norma actual abre más el abanico a todas las normas reguladoras del contrato, no cerrando el deber de vigilancia a la Ley de Contrato. Así, cabría incluir el régimen que afecta a los contratos de seguro previstos en otras normas, como el fijado en la Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores.

Este artículo tiene su desarrollo procedural en el artículo 120³³⁸, incluido dentro del Capítulo dedicado a la supervisión de conductas de mercado, que regula la prohibición

³³⁸ *Vid. Artículo 120. Prohibición de pólizas y tarifas de la Ley 20/2015, de 14 de julio, dispone: “La Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones podrá prohibir mediante resolución la utilización de las pólizas y tarifas de primas que no cumplan lo dispuesto en los artículos 94 y 95. A estos efectos, se instruirá el correspondiente procedimiento administrativo en el que podrá acordarse, como medida provisional, la suspensión de la utilización de las pólizas o las tarifas de primas. Previamente a la iniciación del procedimiento administrativo en que se acuerde la referida prohibición, la citada Dirección*

de pólizas y tarifas para el caso de que no éstas no cumplieran lo previsto en el artículo 95. Su objeto son las pólizas, el medio es un procedimiento administrativo y como medida provisional se contempla la suspensión de la utilización de las pólizas. Respecto al artículo 95 no se mantiene la misma terminología, al hablar de las pólizas y el citado artículo de “las condiciones contractuales y los modelos de pólizas”.

En cuanto a las normas de desarrollo de la Ley nos encontramos con el Reglamento que la desarrolla, aprobado por Real Decreto 2486/1998, de 20 de noviembre, en concreto, por su artículo 76. Este precepto no añade nada nuevo al contenido o deber de vigilancia salvo referirse la necesidad de que la póliza se redacte de forma que sea de fácil comprensión, lo cual es un principio ya establecido en la normativa general de contratos y especial sobre contratos de seguro.

La efectividad de este poder de vigilancia sobre las condiciones generales de la contratación en los contratos de seguro se amplía en la normativa de supervisión (Ley y Reglamento) a través de la tipificación de infracciones. De este modo, tanto los preceptos sobre infracciones muy graves y graves recogerían la manera en la que la Administración tiene de abordar lo que en términos genéricos podríamos denominar deberes de transparencia.

Por un lado, el artículo 194.17 califica como falta grave “*La realización de actos u operaciones que sean contrarias a las normas sobre transparencia de mercado y protección de los derechos de los usuarios en el ámbito de los seguros, siempre que, por el número de afectados, la reiteración de la conducta o los efectos sobre la confianza de la clientela y la estabilidad del sistema financiero, tales incumplimientos puedan estimarse como especialmente relevantes*”. Por su parte, el artículo 194.21 considera como falta muy grave “*El incumplimiento del deber de veracidad informativa debida a sus socios, a los asegurados y al público en general, así como el incumplimiento o cumplimiento defectuoso de las obligaciones de información a los asegurados y mutualistas de los futuros derechos estimados derivados de instrumentos de carácter complementario o alternativo a la Seguridad Social que contemplen compromisos por jubilación, siempre que por el número de afectados o por la importancia de la información, tal incumplimiento pueda estimarse como especialmente relevante*”. De la lectura de estos preceptos no parece deducirse que se refieran a la vigilancia de las condiciones generales prevista en la Ley de Contrato de Seguro, sino más bien a los

General podrá requerir a la entidad aseguradora para que acomode sus pólizas o tarifas de primas a lo dispuesto en los citados artículos”.

deberes de información que la propia Ley 20/2015 recoge y que se derivan de las Directivas comunitarias.

Por lo que se refiere al artículo 194.17 parece aproximarse al espíritu que informa la cláusula general contenida en el artículo 4 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, dirigida a la protección de los consumidores y referida a las conductas deshonestas que un empresario debe guardar en sus relaciones con aquellos. El hecho de que se considere falta muy grave si tiene especial relevancia en el mercado (cuantitativa en cuanto a afectar a la estabilidad financiera y cuantitativamente por el número de afectados). La descripción de ese tipo de infracción contiene un número de elementos en su definición muy abiertos (“normas sobre transparencia, número de afectados, confianza de la clientela o especial relevancia”) lo convierten más bien en una declaración de principios, si bien lo acercan al lenguaje empleado por el Reglamento PRIIPs, al hablar de la estabilidad financiera, por ejemplo. La concreción de lo que se consideran “normas de transparencia” permitirían delimitar mejor el ámbito en el que se mueve este precepto. La mención a la estabilidad financiera parece referirse más a productos que se desenvuelven en el ámbito de los productos de seguros con un componente de inversión, no pudiéndose concebir que productos propios de los seguros No Vida pudieran tener encaje en este marco.

El punto 20 del artículo 194 parece concretarse en el incumplimiento de los deberes de información a que nos hemos referido más arriba, debiéndose cualificar con la “especial relevancia” del incumplimiento, término igualmente ambiguo.

En lo que concierne a la aplicación de ambos preceptos, para resumir y siguiendo la técnica normativa de los servicios financieros de la Unión Europea, se siente la falta de desarrollo de unas directrices para evaluar los conceptos indeterminados que figuran en la tipificación de las conductas calificadas como infracción.

En el ámbito de las infracciones graves nos encontramos dos preceptos. Por una parte el artículo 195.16 (*“La realización de actos u operaciones con incumplimiento de las normas sobre transparencia de mercado y protección de los derechos de los usuarios en el ámbito de los seguros, siempre que ello no suponga la comisión de una infracción muy grave de conformidad con lo previsto en el artículo anterior, salvo que tenga carácter ocasional o aislado”*), que recogería infracciones en las que no concurrieran elementos tales como la relevancia, el número de afectados o los efectos sobre los clientes y la estabilidad financiera. De nuevo faltan directrices que definan los extremos de la intervención de la autoridad administrativa, siendo una cláusula abierta a interpretación

Más relacionado con la vigilancia que el artículo 3 de la Ley de Contrato de Seguro confiere a la Administración Pública sobre las condiciones generales se encuentra el

artículo 195.15, cuando describe la infracción grave como “*El incumplimiento por la entidad aseguradora de las normas imperativas de la legislación específica sobre contrato de seguro, cuando durante los dos años anteriores a su comisión se hubieran desatendido más de diez requerimientos de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones en el plazo concedido al efecto, por haberse entendido fundadas las quejas y reclamaciones planteadas en el procedimiento de protección administrativa de los clientes de servicios financieros, cuando no sea considerado como infracción muy grave*”. En este caso sí se menciona a la legislación específica sobre contrato de seguro, de lo que cabe deducir que no sólo incluye a la Ley de Contrato, como ya vimos. Por otro lado fija un procedimiento que parece depender de la tramitación propia del sistema de reclamaciones de la Dirección General de Seguros, condicionando los poderes que tanto la Ley de Contrato de Seguro como la Ley 20/2015 otorga a la Administración en cuanto a la vigilancia de las condiciones generales o modelos de pólizas, que debemos entender como conceptos equivalentes. Al mismo tiempo limita tal poder al incumplimiento de las normas imperativas, lo que exige una identificación de tales normas, coartando la posibilidad de que se apliquen estos poderes a cláusulas que no se definen como tales imperativas, al ser nuevas por nacer de productos o contratos no recogidos en la Ley de Contrato de Seguro. Debe entenderse que el control sobre transparencia en el sentido que la doctrina comunitaria reciente ha establecido quedaría bien fuera de este poder de vigilancia de la Administración, bien encuadrado en los términos limitativos de las infracciones muy graves, siempre y cuando se incluyera en la “infracción de las normas sobre transparencia” el control sobre transparencia de las condiciones generales, lo cual no queda tan claro de la lectura de los preceptos citados.

Para completar el marco jurídico aplicable a las infracciones conviene referirse a las sanciones, las cuales no prevén ni en el caso de las muy graves y de las graves ningún tipo de intervención sobre las condiciones generales o sobre los modelos de pólizas.

El resultado de este conglomerado normativo nos deja limitado el poder sobre las condiciones generales por parte de la Administración, tal como queda reflejado en el artículo 3 de la Ley de Contrato de Seguro, a la posibilidad de que como medida provisional se suspenda la utilización de las pólizas cuando se infrinjan las normas reguladoras del contrato de seguro. Debe entenderse que este poder se desplegaría sobre las normas que definen los derechos irrenunciables de los asegurados, es decir, sobre las normas imperativas, pues no tendría sentido una medida de intervención de este tipo si no recayera sobre elementos de cierta gravedad de los regulados en la normativa de contrato.

Pero si consideramos el régimen de infracciones aparecen un gran número de supuestos de hecho (quebrantamiento de las normas de transparencia, incumplimiento del deber de veracidad informativa, afectación a la estabilidad financiera y reducción de la confianza

de los clientes, incumplimiento de las normas imperativas de la legislación del contrato de seguros,...) que se corrigen a través del régimen de sanciones, donde no cabe la suspensión o prohibición de actos o contratos, por lo que no desarrollarían el artículo 3 de la Ley de Contrato de Seguro.

Queda por tanto evidenciado que el poder de intervención de la Administración Pública sobre las condiciones generales de los contratos de seguro se concreta en el régimen previsto en el artículo 120 de la Ley 20/2015, por lo que el sistema de intervención previsto en el artículo 17 del Reglamento PRIIPs se superpone a dicho régimen, agravándolo en cuanto a su capacidad de intervención sobre los productos de inversión basados en seguros.

6. EL CONTROL DE LA ADMINISTRACIÓN SOBRE CONDICIONES GENERALES DEL CONTRATO DE SEGURO EN LA NORMATIVA SOBRE DISTRIBUCIÓN DE SEGUROS

Por medio del Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero, se incorpora al ordenamiento español la Directiva (UE) 2016/97 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de enero de 2016, sobre la distribución de seguros. En la sección 6^a de su Capítulo III se contienen las normas principales que configuran todo un “derecho de conducta” que afecta a los distribuidores de seguros, mediadores en el sentido tradicional y entidades de seguros y reaseguros. A través de las mismas se desarrollan las escasas normas que sobre conducta de mercado se contienen en la Ley 20/2015, y bajo el principio general del artículo 172 (“*Los distribuidores de seguros actuarán siempre con honestidad, equidad y profesionalidad en beneficio de los intereses de sus clientes*”) se enmarcan una serie de reglas que regulan principalmente los deberes de información respecto de los clientes, la gestión de los conflictos de interés y las normas especiales en caso de comercialización de productos de inversión basados en seguros. No hay ninguna mención que se refiera a la intervención o control sobre las condiciones generales del contrato de seguro por parte de la Administración Pública.

No obstante, en el nuevo marco diseñado en torno a la Directiva de Distribución de Seguros puede plantearse si las normas que regulan tanto la información precontractual como los deberes de los diseñadores de productos de seguros deben considerarse como normas reguladoras del contrato de seguro a los efectos de lo previsto en el catálogo de infracciones de la Ley 20/2015, lo que daría a la Dirección General de Seguros un poder sancionador independiente del regulado en el artículo 192.2 del Real Decreto-Ley 3/2020³³⁹, el cual en sus letras j), k) y l) se ocupan de considerar como infracciones muy

³³⁹ Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero, de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación

graves ciertas conductas contrarias a los derechos de los consumidores a una correcta información, así como en el 192.3 al tratar las infracciones graves.

7. EL INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES DERIVADOS DEL GOBIERNO Y SUPERVISIÓN DEL PRODUCTO (“POG”) Y EL CONTENIDO DE LAS CONDICIONES GENERALES

Regulados los deberes que la entidad aseguradora, o el mediador que diseñe los productos, en el artículo 185 del Real Decreto-Ley 3/2020, en esta materia, nos preguntamos si el incumplimiento de dichos deberes puede llevar a unas condiciones generales o modelos de pólizas que podrían aconsejar la aplicación del deber de control o intervención de la Administración Pública en dichos elementos del contrato. Y ello en la medida en que el diseño del producto, es decir, de las condiciones generales aplicables a cada estrato de clientes, debe adecuarse al perfil del grupo para el que se ha diseñado.

De este modo, con arreglo a la normativa de distribución, nacería una nueva causa que legitimaría la intervención administrativa en los contratos. Y que se extendería a cualquier tipo de contrato de seguro, no limitándose a los productos de inversión basados en seguros, con arreglo a lo previsto en el Reglamento PRIIPs.

Así, se podría legitimar la intervención prevista en el artículo 120 de la Ley 20/2015 a todos los productos de seguro, es decir, a las condiciones generales de los mismos, si se detecta una falta de adecuación de estas al mercado destinatario para el que se diseñó.

Recientemente, un documento de consulta de la Autoridad EIOPA ha sido emitido con el fin de evaluar los productos unit linked con arreglo al valor que los mismos aporten al cliente. El objetivo de este ejercicio sería sentar unas bases que permitieran a la autoridad de supervisión poder intervenir o, en su caso, prohibir estos productos cuando no ofrecieran un valor añadido al consumidor, con vistas a protegerle y a evitar cualquier producto que supusiera un perjuicio para el mismo. El enfoque que ofrece el citado documento se basa en las normas sobre Gobierno y supervisión de productos. Con arreglo a estas normas, corresponde al diseñador del producto establecer las peculiaridades o rasgos de este (lo que podemos identificar como sus condiciones generales) con arreglo a un mercado destinatario, el cual ha identificado con la suficiente granularidad. La falta de adecuación entre el mercado destinatario y las condiciones generales podría considerarse como un supuesto de intervención o prohibición, si nos basamos en el Reglamento PRIIPs, pero también se podría enmarcar en el deber de vigilancia que la Ley de contrato de seguro prevé en el artículo 3, junto con toda la normativa de supervisión

pública en determinados sectores; de seguros privados; de planes y fondos de pensiones; del ámbito tributario y de litigios fiscales. BOE núm. 31, de 05/02/2020.

prudencial que lo desarrolla. Si estimamos que es aplicable este conjunto normativo para la vigilancia por la Administración Pública de las condiciones generales el efecto inmediato sería que tanto en seguros No Vida como Vida o, en concreto, en los seguros de vida con un componente de inversión. En consecuencia, las normas sobre gobierno de productos ampliarían la capacidad de los poderes públicos a la hora de intervenir en los contratos de seguro. Esto supondría también un salto cualitativo de cara a la aplicación del llamado “derecho de transparencia”, por cuanto bascularía de tener como objetivo la comprensión, la delimitación clara de los términos del compromiso, protegiendo también la existencia de una competencia leal en el mercado, hacia una consideración del contenido material, sustantivo, del contrato, de las condiciones que determinan las obligaciones de las partes, que, en el caso del contrato de seguro se ciñen a los términos de la cobertura por el asegurador en los seguros No Vida o a las características financieras en los seguros de vida con un componente de inversión.

8. CONCLUSIONES

1. Por su carácter innovador y su componente mixto (asegurador e inversor) los productos de inversión basados en seguros aparecen como una vanguardia de las actuaciones de los supervisores en la búsqueda de la protección de los asegurados-inversores, en cuanto a los instrumentos e intensidad de su intervención, y que son comunes a las normas comunitarias sobre instrumentos financieros.
2. La regulación detallada del formato normalizado de información a suministrar al cliente expresa la concepción del legislador comunitario sobre la transparencia material, que gira en torno a la idea del consumidor medio, consagrada en la jurisprudencia comunitaria, y que es el resultado de “pruebas de consumidor” que refuerzan su función normalizadora.
3. En defensa del correcto funcionamiento del mercado y de la posición del cliente en el contrato se regulan una serie de poderes de intervención sobre los productos y actividades de las entidades aseguradoras que muestran una posición del supervisor de un elevado carácter intrusivo en la ordenación del sector.
4. Con relación a los poderes que la normativa española otorga al supervisor de seguros nos encontramos con un elevado número de posibles actuaciones que corren paralelas a las que el reglamento PRIIPs establece.
5. Como principal instrumento figuran las facultades del supervisor de velar por el contenido de las condiciones generales de la contratación y su ajuste a la normativa sobre contrato, las cuales se recogen tanto en la Ley de Contrato de Seguro como en la normativa de supervisión prudencial.

6. Junto a ellas, la normativa sobre distribución de seguros, principalmente las reglas derivadas de las obligaciones que se imponen a los distribuidores en cuanto al gobierno de productos refuerzan la posición del supervisor en su labor de vigilancia del cumplimiento de dichos deberes.
7. Todo lo anterior sirve como base conceptual para situar en la primera línea de la eficacia de esta normativa al denominado supervisor de conducta, contribuyendo a una desprivatización del Derecho del contrato de seguro en la medida en que un organismo de Derecho público sería el principal medio de consecución de las finalidades de protección de la posición jurídica del asegurado en el contrato.

CONCLUSIONES FINALES

REFLEXIONES PREVIAS

La finalidad de este trabajo ha sido la de evaluar en qué medida el marco de protección del asegurado definido por la Ley de Contrato de Seguros de 8 de octubre de 1980 puede verse afectado por diversos desarrollos que se producen en varios ámbitos.

En primer lugar, la definición de un nuevo marco normativo, representado por dos normas que afectan a la actividad aseguradora: la Directiva de Distribución de Seguros y el Reglamento sobre el documento informativo para los productos de inversión basados en seguros. Ambas normas, procedentes del impulso de la Unión Europea para crear un Mercado Único de Servicios Financieros manifiestan una cercanía al enfoque que las Directivas sobre Instrumentos Financieros (“MIFID”) han fijado, el cual gira en torno a la “mejor ejecución” como referente de la actuación del intermediario en la búsqueda del mejor interés del cliente.

En el trámite de la investigación se ha verificado que tanto las normas y la práctica jurisprudencial, principalmente proveniente de los litigios derivados de los contratos bancarios, han girado en torno al concepto de transparencia. En este sentido, se ha consolidado una idea de transparencia que supone aplicar una concepción de la buena fe que opera en el plano objetivo, no en el subjetivo que rige la relación entre el intermediario financiero y su cliente. La transparencia se erige así en una exigencia de buena fe cuya infracción despliega unos efectos de gran amplitud, como quebrantamiento de un principio general por el que se rige la contratación basada en condiciones generales. Examinada la aproximación que hacia la transparencia consolida la doctrina jurisprudencial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea debemos añadirlo como un nuevo factor a incluir en la valoración de cómo el sistema de la Ley de Contrato de Seguro

se ve afectado por dicha idea de transparencia. Por ello es por lo que en el trabajo se ha dedicado un capítulo específico a las condiciones generales, las cuales, contempladas en el artículo 3 de la Ley, se encuentran necesariamente influidas por la óptica de la jurisprudencia europea. La consolidación de conceptos como las “cláusulas sorprendentes” reflejan cómo la doctrina y jurisprudencia aseguradoras han debido adaptarse a la necesidad de que la transparencia se aplique a las condiciones que concretan el objeto esencial del contrato, como es el riesgo.

El trabajo dedica dos capítulos a la actuación del supervisor en la implementación y vigilancia de este Derecho de conducta. Se expone cómo precisamente esta labor supervisora es vista por los expertos como un medio eficaz de conseguir las finalidades de protección de los asegurados que persiguen las normas. El contexto en el que la actuación del supervisor se va a producir es el que resulta de la existencia de las Autoridades Europeas de Supervisión, EIOPA en el ámbito asegurador. Esta actuación se caracteriza por utilizar todos los medios que su reglamento constitutivo le proporciona con la finalidad de cumplir su objetivo de protección de los intereses del consumidor. A su vez se hace uso extensivo de la capacidad normativa en cuanto a la emisión de Directrices, que concretan al máximo nivel el deber general de diligencia del distribuidor, entidad aseguradora o mediador, en el cumplimiento de actuar en el interés del cliente.

El contexto resultante, actuación y normativa, tiene como resultado la definición de una buena fe objetiva, emparentada con la transparencia exigible, que implica una traslación de la defensa del asegurado hacia instituciones supervisoras, dada la complejidad y volumen de la normativa aplicable. Es en ese sentido en el que las instituciones de Derecho Privado se manifiestan desbordadas y debe descansar la consecución de los objetivos de protección en los supervisores, produciéndose en la práctica una “desprivatización del derecho de contrato de seguro”.

CONCLUSIONES

1. La Ley de Contrato de Seguro mantiene un enfoque basado en el Derecho privado, definiendo el contrato como un intercambio de prestaciones entre las partes que lo definen: asegurado y asegurador, así como fijando los presupuestos técnicos del mismo (riesgo, siniestro, prestaciones posibles y límites contractuales). No se hace mención, pues, a la necesidad de que el asegurador sea un empresario sometido a un estatuto jurídico específico, como requisito para la validez o existencia del contrato. Con ello la Ley de Contrato de Seguro se erige como una norma para la cual el hecho de que el contrato de seguro se pueda calificar como “acto de empresa”, carece de significación o mención en su contenido normativo, al prescindir tanto de la figura del empresario como parte esencial del contrato como del régimen legal que le es aplicable como integrante de un sector regulado. A partir de su promulgación, normas procedentes del ámbito

comunitario de carácter prudencial, regularán algunos aspectos que afectan al contrato, como son las normas sobre información a facilitar al tomador. Posteriormente, normas sobre defensa del consumidor o sobre el régimen de las condiciones generales crearán un ámbito normativo en el que la defensa de la parte más débil del contrato coincidirá con la finalidad de la Ley de Contrato de Seguro. A su vez, la consolidación del concepto de transparencia como eje en el que debe vertebrarse la relación entre intermediario financiero y cliente establecerá un principio de buena fe contractual que se superpone a la transparencia que consagra el artículo 3 de la Ley de Contrato de Seguro. El último escalón lo protagonizarán las normas sobre conducta que rigen la actuación del empresario asegurador o del mediador. Nos preguntamos en qué medida el sistema de la Ley debe o no verse afectado por estos cambios normativos.

2. Sobre la base de un marco normativo del contrato de seguro definido por su ley irrumpen la legislación comunitaria que trata de crear un Mercado Único de servicios financieros con vistas a crear un entorno de competitividad y de defensa del consumidor. Desde el Plan de Acción de Servicios Financieros será la normativa sobre instrumentos financieros (“marco MIFID”) la que adquiera protagonismo en la forma de definir la relación entre cliente e intermediario financiero, abriendo paso a un Derecho de conducta, que se irá ampliando en las modificaciones que sufrirá la Directiva MIFID 1. Dicho enfoque normativo se manifestará en el ámbito asegurador a través de la Directiva (UE) 2016/97 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de enero de 2016 sobre la distribución de seguros y el Reglamento (UE) no 1286/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de noviembre de 2014 sobre los documentos de datos fundamentales relativos a los productos de inversión minorista vinculados y los productos de inversión basados en seguros. A partir de ese momento los mecanismos de defensa del asegurado, definidos por la ley de Contrato de Seguro y por las disposiciones de la normativa prudencial sobre información a suministrar al tomador, se ven afectados tanto en la forma de desarrollar los deberes de diligencia del distribuidor en su relación con el tomador como por las herramientas de las que se va a disponer para su implementación.

3. Frente a una Ley de Contrato de Seguro que no se modificará apenas en cuanto a los mecanismos de formación del contrato se irá desarrollando todo un conjunto de normas que se encuadran en la legislación de control, que regulará las obligaciones de suministro de información al tomador y que tendrá como fuente la propia normativa comunitaria. Por su carácter innovador será en los productos de seguros con un componente de inversión donde se dicten la mayoría de estas normas, haciendo de espejo de lo que el mercado de instrumentos financieros obliga a sus productos. En consecuencia, la información a suministrar para los productos de seguros No Vida mantiene un déficit de contenido que no se solventará hasta la Directiva de Distribución de Seguros.

4. Estas normas sobre información tendrían la naturaleza de normas de Derecho público por cuanto se encomienda al supervisor velar por su cumplimiento, a través de un

derecho sancionador sobre empresas de seguros y mediadores. Su importancia en la formación del contrato se ha manifestado en el hecho de que intentos del legislador español de modificar la Ley de Contrato de Seguro han contemplado la posibilidad de que dichas reglas fueran mencionadas como fuente en la Ley de Contrato.

5. En la medida en que tanto la Ley de Contrato de Seguro como la normativa de supervisión prudencial mencionan los poderes del supervisor en cuanto a la vigilancia sobre las condiciones generales de los contratos de seguro, resulta obligado que se produzca una sistematización del lenguaje empleado tanto en las normas de transparencia como de Derecho privado contractual (Ley de Contrato de seguro, Ley de Condiciones Generales de la Contratación, Ley de consumidores...). Principalmente en el tema de las condiciones generales de los contratos, así como las de carácter particular y especial. Para evitar duplicaciones o bien que se apliquen regímenes jurídicos diferentes a las diferentes piezas de información, procede clarificar si son las condiciones del contrato las que deben ser objeto de la información previa al contrato o si se trata de información diferente. No obstante lo anterior será el régimen procedente de las normas comunitarias las que solucionan esta divergencia, pues las previsiones de la Directiva denominada “Ómnibus”, de mayo de 2023 tratan de poner orden en el tema del suministro de información, tanto para los seguros de Vida como de No Vida. Con arreglo a este desarrollo normativo comunitario se hace más necesario armonizar el enfoque de la Ley de Contrato de Seguro con el de las normas que ya podemos calificar como de conducta, pues es la voluntad del legislador comunitario la de eliminar de la normativa propiamente prudencial toda mención a las obligaciones de información al tomador.

6. Resulta necesario en este punto mencionar cómo los estudios empíricos sobre las preferencias acerca de la mejor forma de defender los intereses de los asegurados ponen de manifiesto que son los basados en los sistemas públicos de tutela los que mayor soporte obtienen. La persistencia de poderes del supervisor español en la vigilancia de las condiciones generales de los contratos debe subrayarse anticipándonos a lo que en otra conclusión de este trabajo se mencionará en cuanto a la evolución de la labor de los supervisores en un marco protagonizado por el Derecho de conducta.

7. Como parte esencial de este trabajo se ha procedido al análisis de cómo el ordenamiento español ha defendido los intereses del cliente bancario, como sujeto necesitado de protección, consecuencia de su posición de asimetría informativa en la relación contractual. Interesa mencionar que, a diferencia de lo que caracteriza el régimen del contrato de seguro, en el ámbito bancario el punto de partida ha sido diferente en cuanto no ha existido ni existe una ley bancaria que con carácter general definiera la posición del consumidor en las relaciones jurídicas que se crearan. La protección del cliente bancario nace desde la óptica del suministro de información como preocupación principal del legislador prudencial. Serán las normas generales sobre defensa del

consumidor y sobre el régimen de las condiciones generales de la contratación las que delimiten la posición del cliente desde el punto de vista sustantivo.

8. A lo largo de la construcción jurisprudencial, nacional y comunitaria, se va a ir definiendo un ámbito de buena fe contractual que para alguna parte de la doctrina científica implica la identificación de un paradigma diferente del definido por el Código Civil y por el Código de Comercio para los contratos de negociación. Así, los contratos bajo condiciones generales se regirían por principios diferentes surgidos principalmente de la doctrina jurisprudencial comunitaria en la interpretación del principio de transparencia. De este modo, se llega para los contratos bancarios a un resultado semejante al existente para el contrato de seguro, en el que el eje central de la protección gira en torno al régimen aplicable a las condiciones generales de la contratación. La aplicación de un enfoque propio para los contratos con condiciones generales implica dejar a un lado el enjuiciamiento de la voluntad del adherente sobre la base de la concurrencia del error vicio en su consentimiento. La buena fe subjetiva en la conducta del proponente se sustituye por una buena fe objetiva basada en el principio de transparencia.

9. La jurisprudencia comunitaria fija un ámbito de transparencia material en el que se supera el mero cumplimiento de los requisitos de suministro de información en búsqueda de un resultado de real comprensión de las consecuencias económicas del contrato, aplicándose sobre los requisitos esenciales del contrato bancario. La necesidad de establecer criterios de cara al cumplimiento de la necesaria transparencia material ha llevado a que en un gran número de sentencias se haga referencia a un “consumidor medio” como el destinatario de la información. Lo anterior lleva a la caracterización de una transparencia material de carácter abstracto, en donde no hay una valoración de la posición del cliente concreto en el contrato, sino una forma de enjuiciar que abre la posibilidad de que el control de las cláusulas sean objeto de acciones colectivas.

10. Con base en lo anterior, la intervención del supervisor en cuanto a la valoración de la transparencia material de las condiciones generales presenta un potencial de actuación en la medida en que la ley de Contrato de Seguro y la normativa prudencial continúan en nuestro ordenamiento contemplando estos poderes de vigilancia sobre los componentes del contrato.

11. Del análisis de la reciente normativa aplicable a los contratos bancarios, procedente del legislador comunitario, resulta el empleo de instrumentos de protección del cliente que ya se han consolidado o tienden a consolidarse en otros subsectores del mercado financiero. A destacar el empleo de documentos informativos normalizados, que tratarían de definir lo que el “consumidor medio” necesita para formar su voluntad, sobre la base de “pruebas de mercado” como técnica de elaboración normativa. Igualmente se regula el momento temporal en el ofrecimiento de información como básico para una

contratación en condiciones de competencia, permitiendo la comparabilidad y el buen funcionamiento del mercado. Igualmente, el legislador comunitario, con base en los poderes del supervisor sobre el gobierno de las entidades bancarias, apuesta por la aplicación de las normas sobre Gobierno y supervisión de productos como base de las relaciones entre entidad de crédito y cliente. En conclusión, partiendo de bases normativas diferentes se identifica una convergencia entre los mecanismos que se utilizarán para la defensa de los intereses de los clientes o consumidores tanto en materia de instrumentos financieros, de seguros y de contratos bancarios. A reseñar que las normas bancarias de esta nueva etapa, principalmente las aplicables a los contratos de préstamo hipotecario, contiene en el mismo cuerpo legal disposiciones propias de Derecho privado como de conducta, definiendo el nivel de diligencia exigida a los intermediarios financieros.

12. Debe tenerse en cuenta cómo la existencia de una doctrina consolidada sobre el comportamiento del sujeto económico a través de sus sesgos de conducta se ve reflejado en la técnica legislativa que se emplea para definir no sólo los materiales informativos, su disposición o su contenido, sino también para darle herramientas al supervisor de cara a la vigilancia del correcto cumplimiento de los deberes inherentes al Derecho de conducta.

13. La Directiva de Distribución de Seguros se erige como un complejo y detallado cuerpo normativo en donde se perfilan al detalle todos los deberes en los que se descompone la obligación general de diligencia del distribuidor como salvaguarda de los intereses del cliente.

14. La influencia del marco definido por las “Directivas MIFID” se ha extendido al tener como base la búsqueda de la mejor ejecución para el cliente. La Directiva de Distribución de seguros (IDD) incorpora mecanismos de protección que buscan suplir las deficiencias de un sistema basado sólo en el suministro de información. La IDD fijará todo un proceso precontractual, con definición de las fases, sujetos e instrumentos aplicables en defensa del consumidor de seguros. Asesoramiento, gobierno de productos, documentación normalizada y gestión de los conflictos de interés serán objeto de regulación muy detallada. La normativa de desarrollo será muy exhaustiva, reflejando la importancia que para la obtención de la máxima armonización a nivel comunitario desempeña la Autoridad Europea de Supervisión de Seguros (EIOPA). El documento normalizado para seguros No Vida es un intento de recoger los principios de claridad y comprensibilidad perseguidos por la normativa de transparencia contractual.

15. En los productos de seguros incluidos en el Reglamento PRIIPs (los denominados “IBIPs”), con un sustancial componente de inversión, la finalidad del inversor-asegurado puede orientarse hacia una visión a corto plazo, de carácter especulativo, o una necesidad de previsión a largo, lo que pone de manifiesto la dificultad de regular la información que debe suministrarse a través del instrumento normalizado que regula dicho Reglamento.

La Directiva IDD refuerza los deberes de conducta para este tipo de productos, en donde se hace evidente la influencia del “marco MIFID”. La intersectorialidad, la necesidad de ofrecer una información exhaustiva y la búsqueda de un equilibrio condicionaría esta normativa sobre PRIIPs y su desarrollo. Con el fin de lograr la transparencia material se utilizará un formato normalizado para la información y para las metodologías empleadas para definir cada elemento esencial del producto. La dificultad que entraña lo anterior está en la base de exigir unos requisitos reforzados en la conducta de los intermediarios financieros (empresas de seguros, mediadores o empresas de servicios de inversión). La base de este proyecto normativo comunitario de carácter horizontal se apoya en una doble finalidad: garantizar la competencia entre productos similares desde el punto de vista sustantivo y proteger al inversor-asegurado a través de un reforzamiento de los deberes en la fase precontractual;

16. La exhaustividad y gran duración del proceso de producción legislativa de este Reglamento nace de la participación de todos los sectores financieros afectados, con la finalidad de definir la información relevante, oportuna en el momento de su presentación al cliente bajo un formato normalizado y con un alto nivel de comprensión. Para ello se utilizaron “pruebas de consumidores” con el propósito de definir la información fundamental que explique cuál es el núcleo de la información que condiciona la voluntad última del cliente en su declaración de voluntad contractual. Las modificaciones posteriores de las normas aplicables reflejan la dificultad de abarcar en una misma normativa productos de subsectores financieros diferentes,

17. En suma, vemos cómo en este tipo de productos de carácter mixto se consolida el régimen nacido de las Directivas MIFID, que empapará también al resto de productos de seguros a través de la Directiva IDD. De nuevo la convergencia se manifiesta con toda su fuerza.

18. El debate sobre el destinatario de estas normas de defensa de la parte débil del contrato tiene como base la competencia comunitaria sobre la defensa del consumidor, la del inversor como forma de mejorar el funcionamiento del mercado de instrumentos financieros y las peculiaridades que la existencia de los denominados seguros de grandes riesgos impone en el ámbito de los seguros. Una clarificación normativa sobre las bases en las que descansa la protección reforzada resulta necesaria, y máxime cuando la categoría de grandes riesgos no se aplica a los seguros No Vida. La referencia a los tipos de inversores resulta de gran dificultad para los productos IBIPs y semejantes.

19. El régimen aplicable a los productos “unit linked” ha generado abundante jurisprudencia nacional y comunitaria. En algunas sentencias, con ocasión de detectar una falta de regulación en cuanto a los deberes de transparencia, se ha optado por aplicar el régimen más favorable, es decir, el aplicable a los instrumentos financieros, prescindiendo de la naturaleza aseguradora del producto. Puede deducirse de ello que la

doctrina jurisprudencial se ha basado en reforzar la transparencia como principio general aplicable a la posición del cliente o consumidor, sin que el hecho de tratarse de un producto de seguro sirviera como base de proporcionar una menor protección. Este enfoque avalaría la idea de que la transparencia se situaría como un principio general que se proyectaría en todo el ámbito del mercado financiero. Incluso algunas sentencias se refieren a las normas sobre competencia desleal como un referente en donde junto a la protección del cliente se buscaría el buen funcionamiento del mercado como principio general. Ello abunda en la idea de transparencia como un principio en el que se condensa la buena fe exigible en el mercado. El presente trabajo ofrece resoluciones en las que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea restringe al máximo los poderes del legislador nacional a la hora de regular los deberes de transparencia para optar por aplicar los requisitos más exigentes para esta, estén en las Directivas de seguros o en las de instrumentos financieros. Igualmente, estas sentencias recalcarán la necesidad de que la información se haga accesible al inversor o asegurado en tiempo oportuno, adelantándose a lo que el Reglamento PRIIPs establecería posteriormente.

20. La normativa española sobre los denominados “contratos de seguro en donde el tomador asume el riesgo de inversión” adolece de falta de sistematización y presenta problemas terminológicos. La entrada en vigor del Reglamento PRIIPs no ha supuesto una actualización de la normativa española, ni de supervisión prudencial ni sobre el contrato de seguro, para adaptarla al nuevo marco legal. Se hace, pues, necesario un alineamiento de la normativa española con la comunitaria, sobre la base del concepto comunitario de producto de inversión basado en seguros (IBIP).

21. Sobre la base de que la jurisprudencia nacional ya ha reconocido la aplicación del régimen de transparencia a la contratación seriada que acompaña al seguro, puede considerarse que dicho régimen de transparencia se ha actualizado en derecho español a través de la normativa que traspone la Directiva de Distribución de seguros, configurándolo como un conjunto amplio de deberes del distribuidor que no se limita a la provisión de información, abarcando desde el diseño del producto al asesoramiento, en un entorno semejante a la consagrada “mejor ejecución” en el ámbito de los instrumentos financieros.

22. El pronunciamiento de la justicia comunitaria con ocasión de cómo aplicar los deberes de transparencia en cuanto a la correcta información del derecho de renuncia previsto para los seguros de vida muestra como la posición del TJUE se ha expresado con un rigor extremo. Este rigor extremo se manifiesta en limitar al máximo la capacidad de los Estados Miembros en cuanto a la regulación de dicho derecho para con ello llegar a unas consecuencias que adquieren un cariz sancionador contra la entidad aseguradora que incumplió o cumplió defectuosamente la obligación de informar. Ello nos lleva a la conclusión de que también para el marco asegurador el principio de transparencia jugaría

con la misma intensidad que la que ya se ha puesto de manifiesto con ocasión de la jurisprudencia sobre contratos bancarios.

23. Del examen de la legislación española sobre este derecho de renuncia se deduce una deficiente regulación, por cuanto excluye del mismo a un gran número de contratos en el ámbito de los productos de inversión basados en seguros sin que pueda deducirse un criterio sobre las razones de proteger o de desproteger a determinado grupo de clientes. Debe revisarse este esquema legal y profundizar en las razones que el legislador comunitario alegó para los casos de exclusión.

24. El estudio de la jurisprudencia y doctrina española sobre las condiciones generales de los contratos de seguro, tema esencial de la regulación de la Ley de Contrato, ha tenido como finalidad exponerlas a la evolución del concepto de transparencia que se ha manifestado a través de la jurisprudencia comunitaria. Estando excluido del control de abusividad las condiciones sobre el riesgo, objeto principal del contrato de seguro, la doctrina y la jurisprudencia han construido el concepto de “cláusula sorpresiva” para aplicar un régimen de nulidad que se asimilaría al derivado de la falta de transparencia. En consecuencia, y siguiendo los intentos de reforma de la Ley de Contrato de Seguro, sería conveniente aplicar el sistema vigente para las condiciones generales del contrato de seguro de todos los contratos, eliminando el régimen especial del artículo 3 y la diferenciación de cláusulas. De esta forma se aplicaría un mismo régimen de protección para todos los contratos con condiciones generales, evolucionando con los pronunciamientos que la jurisprudencia comunitaria fuera estableciendo (piénsese por ejemplo en el ejercicio de acciones colectivas, de reciente resolución por el TJUE para los contratos bancarios).

25. El carácter dinámico de la materia que se trata en este trabajo se manifiesta en el hecho de estar en este momento inmersos en el debate sobre una reforma de la Directiva de Distribución y del Reglamento PRIIPS. Las propuestas de la Comisión Europea apuntan a una mayor convergencia con el marco de las Directivas MIFID, así como a la puesta en cuestión de los mecanismos de información, generadores de malos resultados por su excesivo volumen. La propuesta de información por capas, en busca de los elementos esenciales que condicionan la contratación, no es sino un reflejo de lo que las resoluciones sobre transparencia han ido conformando. Junto a ello se apunta una mayor complejidad y un gran número de normas de segundo y tercer grado para su desarrollo. Propuestas como la posibilidad del supervisor de examinar el valor de los productos para el consumidor se aproxima más aún al marco MIFID y muestra una actitud más intrusiva de aquel en el ejercicio de su función de defensa del consumidor.

26. El panorama que las normas en vigor y las futuras ofrecen muestra un progresivo reforzamiento de las relaciones de agencia, para las cuales la decisión del consumidor es el resultado de la actuación del distribuidor. Ello supone un abandono del enfoque de la

ley de Contrato de Seguro en el que la relación con el asegurado se basaba en un intercambio de información entre las partes intervenientes para llegar a un consentimiento. El esquema que ofrecen las normas vigentes y por venir se basa en un conjunto de actuaciones del distribuidor que condicionan el resultado o consentimiento final. Todas esas acciones no pueden ser obviadas por el juez que deba pronunciarse sobre el contrato de seguro ni pueden considerarse las normas que las regulan como mera materia que se enmarcaría en una parte del Derecho de supervisión prudencial, es decir, como Derecho de conducta.

27. Por ello debe valorarse la necesidad de enfocar la estructura de la normativa sobre contrato de seguro en el marco de un Código de seguros en donde no se establecieran divisiones rígidas entre normas que debe aplicar el supervisor en su actuación diaria, dado que todas inciden en la formación y evolución de cada contrato de seguro.

28. Expuestas en el trabajo las recientes acciones emprendidas por el supervisor de seguros europeo (EIOPA), procede subrayar cómo la efectividad o eficiencia en la aplicación de esta normativa afectante al contrato de seguro deberá apoyarse en dicha labor de supervisión como garantía de una menor litigiosidad, personificándose en un supervisor de conducta que mantenga las competencias que la legislación prudencial española y la Ley de Contrato de Seguro atribuyen actualmente al supervisor prudencial.

29. Las competencias que la Ley de Contrato de Seguro y la de supervisión prudencial atribuyen al supervisor español de seguros en materia de vigilancia de los contratos constituyen una puerta abierta para una mayor intromisión de éste en busca de una correcta protección de los derechos del asegurado. De la propia labor del supervisor europeo dependerá su mayor o menor importancia en el futuro.

30. En consecuencia, la dinámica y complejidad normativa nos lleva a un mayor protagonismo de los órganos administrativos en busca de lograr la eficacia de las normas que regulan un determinado ámbito jurídico. En su virtud puede hablarse de un claro proceso de desprivatización del derecho del contrato de seguro.

Firmado por SOLA FERNANDEZ FRANCISCO DE ASIS TOMAS - DNI ***8942**
el día 18/07/2024 con un certificado emitido por AC Sector Público

BIBLIOGRAFÍA

- ARAGÓN REYES, M., “Las fuentes. En particular el problema de los Estatutos de los Bancos y de las Circulares del banco de España”, en GARCÍA VILLAVERDE, R. (dir.) *Contratos bancarios*, Civitas, Madrid, 1992, pp. 19-2
- BATALLER GRAU, J., “La reforma de la Ley de Contrato de Seguro”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 279, 2011, pp. 203-232.
- BATALLER GRAU, J., PEÑAS MOYANO, M.J., (dir.), *Un derecho del seguro más social y transparente*, Cizur Menor, Aranzadi, 2017.
- BATISTA SAGÜÉS, F., GIANNI MASIÁ, M., “La titulización de activos”, en ZUNZUNEGUI F. (coord), *Lecciones de Derecho Bancario y Bursátil*, Colex, Madrid, 2001, pp. 111-132.
- BELANDO GARÍN, B., “La protección pública del consumidor de servicios financieros (banca, bolsa y seguros): Una perspectiva transversal”, en BATALLER GRAU, J., VEIGA COPO, A.B. (dir.), *La protección del cliente en el mercado asegurador*, Civitas/Thomson Reuters, Cizur Menor, España, 2014, pp. 269-305
- CABALLERO SÁNCHEZ, E., *El consumidor de seguros: protección y defensa*, MAPFRE, Madrid, 1997.

CADENAS SÁEZ, M.E., “Economía conductual para la protección del inversor Recomendaciones prácticas para inversores, entidades y reguladores”, *Documentos de Trabajo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores*, núm. 70, 2020, pp. 1-38. Disponible en:https://www.cnmv.es/DocPortal/Publicaciones/MONOGRARIAS/70_EconomiaConductual_ES.pdf

CALZADA CONDE, M.Á., “La protección del asegurado en la ley de contrato de seguro”, en BATALLER GRAU, J., VEIGA COPO, A.B. (dir.), *La protección del cliente en el mercado asegurador*, Thomson Reuters-Civitas, Madrid, 2014, pp. 107-151.

CARUANA FONT DE MORA, G., “Los depósitos estructurados”, en CASTILLO MARTÍNEZ, C.C., (dir.), *Jurisprudencia sobre hipotecas y contratos bancarios y financieros: Análisis de la jurisprudencia reciente sobre préstamos, créditos, cláusulas de préstamos hipotecarios, contratos bancarios, tarjetas, productos financieros y usura*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 1071 -1084.

CORTÉS DOMÍNGUEZ L.J., “Los contratos bancarios: ideas generales”, en Editorial Aranzadi (coord.), *El contrato bancario. Tiempos revueltos*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2012, pp. 17- 24.

- *Lecciones de contratos y mercados financieros*, Civitas, Madrid, 2004.

DUQUE DOMÍNGUEZ, J.F., “La protección del asegurado en la relación aseguradora”, *Cuadernos de derecho judicial*, núm. 19, 1996, pp. 245-326.

ERTA, K., HUNT S., ISCENKO, Z. y BRAMBLEY, W., “Applying behavioural economics at the Financial Conduct Authority”, *Financial Conduct Authority, Occasional Paper*, núm. 1, 2013, pp. 1-71.

GARRIGUES, J., *Curso de Derecho mercantil* (II), Madrid, 1969.

ILLESCAS, R. “*La permanencia de la Ley de Contrato de Seguros frente a la permanente inestabilidad de sus normas de comercialización*”, *Revista Española de Seguros*, núm 185-186, 2021, pp. 125-130.

YZQUIERDO TOLSADA, M., “Seguros “unit linked” y Derecho de Sucesiones”, *Revista Española de Seguros*, núm. 176, 2018, pp. 507-532.

LARA ORTIZ, M.L., *La supervisión bancaria europea*, McGraw-Hill Interamericana de España, Madrid, 2021.

LATORRE CHINER, N., “Preliminar”, en BATALLER GRAU, J., BOQUERA MATARREDONA, J. y OLABARRÍA IGLESIAS, J. (coord.), *El contrato de seguro en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Tirant lo Blanch, Valencia 1999, pp. 43-78.

MARTORELL ZULUETA P., “La protección del asegurado desde la perspectiva prudencial”, en “*Supervisión de seguros privados: hacia Solvencia II. Actas del Congreso de Ordenación y Supervisión en seguros privados. Valencia, 15 y 16 de septiembre de 2011*”, en CUÑAT EDO V., BATALLER GRAU, J. (dir.) BENITO OSMA, F., OLAVARRÍA IGLESIAS, M.T. y VERCHER MOLL, F.J. (coord.), Tirant lo Blanch. Valencia, 2013, pp. 643-668.

MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., “Preliminar. Artículos 1 a 4”, en VERDERA TUELLS, E. (dir.) *Comentarios a la Ley de Contrato de seguro*, Colegio Universitario de Estudios Financieros, CUNEF, Consejo Superior Bancario, Madrid, 1982, pp. 81-134.

MIGUEL GONZÁLEZ, J.M., “Algunos aspectos del control de contenido de las condiciones generales en la Ley española”, *Revista Española de Seguros*. Monográfico sobre las condiciones generales del contrato de seguro, núm. 117, 2004, pp. 7 -46.

MIRANDA SERRANO, L.M., “Control de transparencia de las condiciones del contrato de seguro: más allá de los clásicos requisitos de inclusión”, en BATALLER GRAU, J. Y PEÑAS MOYANO, M.J. (dirs.) *III Congreso Nacional de Ordenación, Solvencia y Supervisión en seguros privados y II Congreso Internacional de Derecho de Seguros. Valladolid, 17 y 18 de noviembre de 2016*, Psylicom Distribuciones Editoriales, 2016, pp. 17-76.

- “Control de transparencia de las condiciones del contrato de seguro: más allá de los clásicos requisitos de inclusión, en BATALLER GRAU, J., PEÑAS MOYANO, M.J., (dir.), *Un derecho del seguro más social y transparente*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 45-108.

NIETO CAROL, U., *Transparencia y protección de la clientela bancaria*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2016.

ORDUÑA MORENO J., “La protección jurídica del consumidor y del cliente en el mercado asegurador conforme a la primacía del derecho de la unión europea: una perspectiva sistemática y transversal desde el principio de transparencia”, *Diario La Ley*, núm. 10099, 2022, pp.1.34.

PEÑAS MOYANO, M.J., “La protección del asegurado en la LOSSP”, en BATALLER GRAU J., VEIGA COPO A. (dir.) *La protección del cliente en el mercado asegurador*, Thomson Reuters-Civitas, Madrid, 2014, pp. 310-349

- “Relaciones entre la normativa contractual y de supervisión para la protección del asegurado: el deber de información previa al tomador de seguro” en CUÑAT EDO V., BATALLER GRAU, J. (dir.), BENITO OSMA, F., OLAVARRÍA IGLESIAS, M.T. y VERCHER MOLL, F.J. (coord.), “*Supervisión de seguros privados: hacia Solvencia II. Actas del Congreso de Ordenación y Supervisión en seguros privados. Valencia, 15 y 16 de septiembre de 2011*”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 669-695.

SALINAS ADELANTADO, C., LATORRE CHINER, N., “Conclusión, documentación del contrato y deber de declaración de riesgo”, en BOQUERA MATARREDONA J., BATALLER GRAU, J. Y OLAVARRÍA IGLESIAS, J. (coord.), *Comentarios a la ley de contrato de seguro*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 91-206.

SÁNCHEZ CALERO, F., “Título I., Disposiciones generales. Preliminar”, en SÁNCHEZ CALERO, F. (dir.), *Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*, Aranzadi, Cizur Menor, 2005, pp. 29-128

- “Título I., Disposiciones generales. Conclusión, documentación del contrato y deber de declaración del riesgo”, en SÁNCHEZ CALERO, F. (dir.), *Ley de*

Contrato de seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre y sus modificaciones”, Aranzadi, Pamplona, 2^a edición. 2001, pp. 131-262.

- *Instituciones de Derecho Mercantil*, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2013.
- SEGUÍ MAS, E., BATALLER GRAU, J. y VERCHER MOLL, F.J., “Los métodos de resolución de conflictos en el contrato de seguro: un estudio Delphi en el marco de la Unión Europea”, en BATALLER GRAU, J., PEÑAS MOYANO, M.J. (dir.), *Un derecho del seguro más social y transparente*, Aranzadi, Cizur Menor 2017, pp. 297-322.
- SEQUEIRA, A., GADEA, E. y SACRISTÁN, F. (dir.) *La contratación bancaria*, Dykinson, Madrid, 2007.
- SOLA FERNÁNDEZ, F., “El envejecimiento como factor de evaluación en la transparencia financiera”, en ROMEO CASABONA C.M. (coord.), *Tratado de derecho y envejecimiento: la adaptación del derecho a la nueva longevidad*, 2021, pp. 683-721.
- “Distribución de seguros. Novedades e implicaciones de IDD”, en ZUNZUNEGUI PASTOR F., *Regulación financiera y Fintech*, 2019, pp. 163-209.
- *El proceso precontractual en el contrato de seguro: nuevo marco jurídico*, Mapfre, Madrid, 2017.
- TIRADO SUÁREZ, F., ‘La aplicación de la Ley General de Protección de Consumidores y Usuarios al Contrato de Seguro”, en BATALLER GRAU, J., VEIGA COPO, A.B. (dir.), *La protección del cliente en el mercado asegurador*, Thomson Reuters-Civitas, Madrid, 2014, pp. 187-233.
- ROMANO, P., CUNHA, L., COSTA, A., RIBEIRO M.E., PEREIRA, J., VASQUES M.J. y ALVES DE BRITO, J., *Lei do Contrato de Seguro*, Edições Almedina, S.A. Coimbra, 2009.
- VERDERA TUELLS, E., “La Ley de Contrato de Seguro: encuadramiento constitucional y directrices básicas”, en VERDERA TUELLS, E., *Comentarios a la Ley de*

Contrato de Seguro, vol. I, Colegio Universitario de Estudios Financieros, Consejo Superior Bancario, Madrid, 1982, pp. 29-79.

URIA, R., *Derecho mercantil*, 17 edición, Marcial Pons, Madrid, 1990.

ZUNZUNEGUI, F., *Derecho del Mercado Financiero*, Marcial Pons, Madrid, 2005.

- “La financiarización de la distribución de seguros”, *Revista de Derecho del Mercado Financiero, Working Paper* núm. 8, 2020, pp. 1-19. Disponible en: <https://www.rdmf.es/wp-content/uploads/2020/11/Zunzunegui.-F.-La-financiarizaci%C3%B3n-de-la-distribuci%C3%B3n-de-seguros.pdf>

REPERTORIO JURISPRUDENCIAL

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 16 de julio de 1998 (C-210/96). Disponible en: <https://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=44018&pageIndex=0&doLang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=140915>
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de enero de 2000 (C-220/98). Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=elc:ELI%3AEU%3AC%3A2000%3A8>
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 27 de junio de 2000, Océano Grupo Editorial (C-240/98 a C-244/98): ECLI:EU:C:2000:346
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 1 de marzo de 2012 (Asunto C-166/11): ECLI:EU:C:2012:119
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013, Aziz (C-415/11): ECLI:EU:C:2013:164

- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb (C-92/11): ECLI:EU:C:2013:180
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerne Rábai (C-26/13): ECLI:EU:C:2014:282
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 23 de abril de 2015 (Asunto C-96/14): ECLI:EU:C:2015:262
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 20 de septiembre de 2017 (C-186/16): ECLI:EU:C:2017:703
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 31 de mayo de 2018 (Asunto C-542/16): ECLI:EU:C:2018:367
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de marzo de 2020 (asunto C-125/18): ECLI:EU:C:2020:138
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 9 de julio de 2020 (Asunto C-452/18- Ibercaja Banco): ECLI:EU:C:2020:536
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de julio de 2023 (Asunto C-265/22): ECLI:EU:C:2023:578
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 15 de junio de 2023 (Asunto C-520/21): ECLI:EU:C:2023:478
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 25 de enero de 2024 (Asuntos acumulados C-810/21 a C-813/21): ECLI:EU:C:2024:81

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- Sentencia del Tribunal Constitucional español de 19 de septiembre (148/2016): ECLI: ES:TC:2016:148

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

- Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 1989 (8937/1989): ECLI:ES:TS:1989:8937
- Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 1989 (1296/1989): ECLI:ES:TS:1989:9154
- Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 1991 (10363/1991): ECLI:ES:TS:1991:10363
- Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de abril de 1991 (2027/1991) ROJ: STS 2027/1991; ECLI:ES:TS:1991:2027; CENDOJ: 28079110011991100081
- Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 1995 (913/1995): ECLI:ES:TS:1995:10173
- Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de junio de 1992 (1992/5170): ECLI:ES:TS:1992:4579
- Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 1997 (1997/707): VLEX.17761351
- Sentencia del Tribunal Supremo de, 5 de junio de 1997 (486/1997): RJ 5822; vlex.53698441
- Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de junio de 1997 (1997/4607): RJ 1997, 4607
- Sentencia del Tribunal Supremo de STS, 20 de marzo de 2003 (303/2003): RJ. 2003, 2756; VLEX.15556267
- Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 2003 (303/2003): VLEX.15556267
- Sentencia del Tribunal Supremo de STS, 20 de marzo de 2003 (303/2003): RJ. 2003, 2756); VLEX.15556267

- Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de marzo de 2006 (277/2006): VLEX.20546413
- Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de septiembre de 2006 (853/2006): CENDOJ: 28079110012006101089; ECLI: ES:TS:2006:6597
- Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de marzo de 2006 (277/2006): VLEX.20546413
- Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de septiembre de 2006 (853/2006): CENDOJ: 28079110012006101089; ECLI: ES:TS:2006:6597
- Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 2007 (1050/2007): RJ 2008\11
- Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 2007 (1051/2007): ROJ: STS 6434/2007; VLEX.31960724
- Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 2008 (1029/2008): RJ. 2009/161
- Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2013 (715/2013): ECLI: ES:TS:2013:5633
- Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de junio de 2013 (626/2013): ROJ: 5479/2013; ECLI:ES:TS:2013:5479; CENDOJ: 28079110012013100655
- Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de septiembre de 2006 (853/2006): CENDOJ: 28079110012006101089; ECLI: ES:TS:2006:6597
- Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 2007 (1051/2007): ROJ: STS 6434/2007: VLEX.31960724
- Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 2007 (1051/2007): ROJ: STS 6434/2007: VLEX.31960724

- Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2009 (792/2009), ECLI:ES:TS:2009:8466; RJ. 2010/702
- Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2011 (598/2011); ECLI:ES:TS:2011:5535; VLEX.319377347
- Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2012 (RC 878/2010): RJ. 2012, 8999
- Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 2012 (82/2012): CENDOJ: 28079110012012100135; ECLI: ES:TS:2012:1577
- Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 2012 (683/2012): ECLI: ES:TS:2012:7843
- Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de junio de 2012 (406/2012): RJ. 2012/8857; CONSUMIDORES VLEX.400736882
- Sentencia del Tribunal Supremo 29 de octubre de 2013 (626/2013), Recurso: 1972/201: RJ 2013, 8053
- Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 (1.916/2013): RJ. 2013/3088
- Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de septiembre de 2014 (464/2014): ECLI: ES:TS:2014:3903
- Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2014 (354/2014): CENDOJ 28079119912014100002
- Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 2014 (892/2012): ECLI: ES:TS:2014:2659
- Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de septiembre de 2014 (460/2014): VLEX.543718966
- Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de julio de 2014 (387/2014: ROJ: 2666/2014

- STS de 21 de diciembre de 2014 (890/2021): ROJ: 4583/2021; ECLI:ES:TS:2021: 4583; CENDOJ: 28079119912021100021
- Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 2015 (107/2015): CENDOJ: 28079110012015100176; Ecli: ES:TS:2015:1411; Roj: STS 1411/2015
- Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de enero de 2015, (254/2015): ECLI:ES:TS:2015:254
- Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 2015 (402/2015): RJ 2015\4129, ECLI:ES:TS:2015:3754; VLEX. 583292158
- Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2016 (367/2014): ECLI:ES:TS:2016:2550
- Sentencia del Tribunal Supremo de 14 septiembre 2016 (541/2016): ECLI:ES:TS:2016:4058
- STS de 22 de abril de 2016 (273/2016): ECLI: ES:TS:2016:1662
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de los contencioso-administrativo) de 16 de septiembre de 2016 (1557/2017): RJ 2017, 4672); VLEX.695996621
- Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 2017 (669/2017): ECLI: ES:TS:2017:4308
- Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 2017 (171/2017): ECLI: ES:TS:2017:788
- Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 2017 (642/2017): ECLI: ES:TS:2017:642
- Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de junio de 2017 (367/2017): ECLI:ES:TS:2017:2244

- Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de junio de 2018 (361/2018): RJ. 2018/2434
- Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de junio de 2018 (361/2018): ECLI: ES:TS:2018:1238
- Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2018 (64/2018): ROJ: STS 296/2018; ECLI: ES:TS:2018:296; CENDOJ: 28079119912018100003
- Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 2018 (322/18): VLEX.727894981
- Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 2019 (110/2019): VLEX.770063613
- Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2019 (49/2019): RJ. 2019/92
- Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 2021 (101/2021): RJ 2021/445
- Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 2021 (776/2021): RJ. 2021/5002
- Sentencia del Tribunal Supremo de 12 abril de 2021 (195/2021): RJ. 2021/1706
- Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 2021 (776/2021): ECLI: ES:TS:2021:4059
- Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de abril de 2021 (213/2021): RJ. 2021/1823
- Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de septiembre de 2022 (615/2022): VLEX.907304095
- Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de septiembre de 2022 (615/2022): RJ. 2022/4048

- Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 2022 (42/2022): ECLI:ES:TS:2022:153

SENTENCIAS DE AUDIENCIAS PROVINCIALES

- Audiencia Provincial de Gerona (sección Primera), de 3 febrero de 2021, (59/2021): ECLI:ES:APGI:2021:13

Firmado por SOLA FERNANDEZ FRANCISCO DE ASIS TOMAS - DNI ***8942** el día 18/07/2024 con un certificado emitido por AC Sector Público