

Colección ESTUDIOS DE DERECHO MERCANTIL • MERCATURA
Dirigida por JOSÉ MIGUEL EMBID IRUJO

LA TRANSPARENCIA EN EL MERCADO DE SEGUROS

FÉLIX BENITO OSMA

Editorial Comares



FÉLIX BENITO OSMA

Doctor en Derecho

Profesor Asociado de Derecho Mercantil

Universidad Carlos III de Madrid

Abogado

LA TRANSPARENCIA EN EL MERCADO DE SEGUROS

*5 años de LOSSEAR y 40 años
de la Ley 50/1980, de 8 de octubre,
de Contrato de Seguro, en tiempo
de pandemia y de transformación digital*

Granada, 2020

BIBLIOTECA COMARES DE CIENCIA JURÍDICA

•
MERCATURA

Colección Estudios de Derecho Mercantil

dirigida por

José Miguel Embid Irujo

55

CONSEJO EDITORIAL

Prof. Niccolò Abriani (*Universidad de Florencia, Italia*)

Profesora María Fernanda Vasquez Palma (*Universidad de Talca, Chile*)

Prof. Pablo Girgado Perandones (*Universitat Rovira i Virgili, Tarragona*)

Prof. Ángel García Vidal (*Universidad de Santiago de Compostela*)



Esta obra ha sido realizada en el marco del Proyecto de Investigación «Nuevos retos en el Derecho de seguro: Hacia un mercado asegurador más transparente y competitivo» (ref. DER2017-87993-P), financiado por FEDER/Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades - Agencia Estatal de Investigación

© Félix Benito Osma

Editorial Comares S.L.

Polígono Juncaril

C/ Baza, parcela 208

18220 Albolote (Granada)

Tlf: 958 46 53 82

E-mail: libreriacomares@comares.com • <http://www.comares.com>
<https://www.facebook.com/comares> • <https://twitter.com/comareseditor>
<https://www.instagram.com/editorialcomares>

ISBN: 978-84-1369-071-1 • Depósito legal: Gr. 1477/2020

FOTOCOMPOSICIÓN, IMPRESIÓN Y ENCUADERNACIÓN: COMARES

SUMARIO

PRÓLOGO del Prof. Dr. RAFAEL ILLESCAS ORTIZ	XI
---	----

INTRODUCCIÓN	1
--------------------	---

CAPÍTULO PRIMERO EL MERCADO DE SEGUROS Y SU DERECHO

I. La actividad aseguradora. El mercado de seguros	9
II. La función del seguro en la economía y en la sociedad	11
III. El derecho y el seguro en un nuevo entorno evolutivo	12
1. El Derecho público y privado del Seguro en la actualidad	12
2. El Seguro y el Derecho en una sociedad y economía contemporánea a un Seguro y su Derecho en una sociedad y economía digital y robótica	14
3. El Derecho del Seguro Moderno y sus cambios regulatorios	18
4. Los cambios regulatorios en el sector de seguros por la tecnología	22
5. Un Derecho del Seguro ético, transparente, sostenible y socialmente responsable (RSC)	26

CAPÍTULO SEGUNDO LA SUPERVISIÓN, TRANSPARENCIA E INFORMACIÓN EN EL MERCADO DE SEGUROS

I. La transparencia en la actividad aseguradora y de distribución de seguros según la normativa europea	31
1. La Directiva Solvencia II	33
2. La Directiva de Distribución de seguros y reaseguros privados	36
2.1. El documento normalizado de información sobre producto de seguro distinto del seguro de vida	37
2.2. El documento de producto de inversión basado en seguros	38
II. Las conductas de mercado y la transparencia de la actividad aseguradora	41
1. La Ley 2/2011 de Economía Sostenible	41
2. Los principios de la actividad aseguradora tras LOSSEAR y ROSSEAR	42
3. La supervisión y las normas de conductas	45
4. La solución de conflictos	52
III. La transparencia en la distribución de seguros privados con el rdl 3/2020, de 4 de febrero	55

1.	Introducción	55
2.	Objeto y ámbito de aplicación de la nueva Ley de Distribución de Seguros	56
3.	Los principios básicos de la Ley de Distribución de Seguros	59
4.	Los principios generales, normas de conducta y prevención de conflictos de intereses de los distribuidores de seguros	67
5.	Los mediadores de seguros y sus colaboradores	70
5.1.	Los agentes de seguros y los operadores de banca-seguros	71
5.2.	Los corredores de seguros	73
5.3.	Los comparadores de seguros	77
6.	Los deberes de información y de asesoramiento	80
7.	El modo y la forma de transmisión de la información general	86
8.	El modo y la forma de transmisión de la información en el caso de productos de inversión basados en seguros	88
IV.	Criterios y guías de buenas prácticas en la contratación de seguros	88
V.	La autorregulación de la industria aseguradora	90

CAPÍTULO TERCERO

LA SUPERVISIÓN, TRANSPARENCIA E INFORMACIÓN
EN EL MERCADO DE FONDOS DE PENSIONES

I.	La supervisión de la actividad de los planes y fondos de pensiones	93
1.	Introducción	93
2.	Los aspectos y funciones de supervisión prudencial	95
II.	La comercialización de planes de pensiones	98
1.	El comercializador y el acuerdo de comercialización	98
2.	El deber de información y la responsabilidad del comercializador de un plan de pensiones	100
3.	Las responsabilidades por falta de transparencia en los planes de pensiones. Comentario de la STS, sala 1.ª, núm. 40/2019, de 22 de enero	102
III.	La información y la transparencia	111
1.	En los planes de pensiones individuales	111
2.	En los planes de pensiones de empleo	114

CAPÍTULO CUARTO

LA TRANSPARENCIA EN EL CONTRATO DE SEGURO

I.	La transparencia en Ley 50/1980 (LCS)	119
1.	El «carácter tuitivo» y los controles de transparencia	119
2.	La imperatividad y la supletoriedad	130
II.	Los principios y caracteres fundamentales del contrato de seguro	136
1.	La justificación de unos principios del contrato de seguro	136
2.	Los caracteres fundamentales del contrato de seguro	139
3.	La unidad del contrato desde la dualidad entre seguros de daños y de personas	148
4.	Los principios de Derecho europeo de contrato de seguro y reaseguro	152

CAPÍTULO QUINTO

LA TRANSPARENCIA COMO PRINCIPIO INFORMADOR DE ORDEN PÚBLICO.
LA INFORMACIÓN PREVIA Y LAS CONSECUENCIAS DE SU INCUMPLIMIENTO

I.	La transparencia como principio de orden público	157
----	--	-----

1.	El principio de transparencia informador del orden público jurídico económico y social	157
2.	El principio esencial y fundamental de la transparencia en la actividad de seguros . . .	162
II.	La información previa del tomador sobre el estado del riesgo como principio/carga	170
1.	El deber de prevención del tomador	170
2.	La declaración del estado del riesgo como principio y carga informativa precontractual del tomador.	172
3.	El cuestionario como carga del asegurador y como límite al deber de declaración . . .	177
4.	La agravación del riesgo como deber vinculado al de información previa	189
5.	La disminución del riesgo asegurado como derecho y no como deber	197
III.	Los remedios al incumplimiento de los principios/deberes/cargas del asegurador y del tomador del seguro	200
IV.	La acción de daños por incumplimiento del principio de transparencia/deber de buena fe y diligencia del asegurador/distribuidor	209
1.	Aspectos generales de información y de protección en el mercado financiero	209
2.	Aspectos particulares del contrato de seguro en protección del asegurador	218
3.	La mora del asegurador «indemnización de daños y perjuicios»	221
4.	La acción de daños por incumplimiento	227
V.	La transparencia en la contratación de seguros de amortización de préstamo hipotecario .	232
1.	La información precontractual sobre el servicio y su coste	232
2.	La transparencia en el cumplimiento de la prestación para el caso de fallecimiento del asegurado	235
3.	La transparencia en la moratoria hipotecaria Covid 19.	240

CAPÍTULO SEXTO

LOS CONTROLES DE TRANSPARENCIA EN NORMAS GENERALES

A LA DEL CONTRATO DE SEGURO

I.	La contratación a distancia y comercio electrónico destinado a consumidores	243
1.	La Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (LSICE)	243
2.	La Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores (LCDSFC).	248
II.	La contratación con condiciones generales de la contratación destinado a consumidores .	251
1.	El Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (LGDCU)	251
2.	Ley 4/2018, de 11 de junio, de modificación del TRLGDCU	254
3.	Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación	257
3.1.	Los controles de transparencia	259
3.2.	El Registro de Condiciones Generales de la contratación	264
3.3.	¿Cuáles serán las reglas de interpretación aplicables a las condiciones generales y particulares de un contrato de seguro?	265
3.4.	¿Cómo se incorporan las condiciones generales al contrato electrónico y automático conforme a la disciplina general —LGCGC y TRLGDCU— y sectorial del contrato de seguro?	273
3.5.	Las acciones colectivas en el contrato de seguro	273
	BIBLIOGRAFÍA	277

PRÓLOGO

El Derecho de seguros constituye en España una tan relativamente reciente como ciertamente estable rama del Derecho Mercantil. Hay que afirmar que su primera disciplina estatal se remonta al Código de comercio de 1829, llamado de Sainz de Andino en atención al nombre de su autor material: el contenido codificado en materia asegurativa era escaso si bien ilustrado, abarcando poco más que los ramos de seguros de transporte en sus diversas especialidades. Le siguió, tres cuartos de siglo más tarde, el residualmente vigente Código de comercio de 1885 en el que por primera vez en el ordenamiento español se despliega una disciplina jurídica del seguro dotada de la extensión y campo de aplicación proporcionales a la efectiva realidad económica del contrato a finales del siglo XIX. Hubo de transcurrir un siglo adicional —menos 5 años— para que la norma codificada fuera sustituida por una ley especial, como es bien conocido: la Ley 50/1980 de Contrato de Seguro (LCS). Los mencionados constituyen los tres escalones de la evolución española del Derecho de seguro aunque quizá convenga citar las Ordenanzas de Bilbao de 1837 como limitado y muy difundido precursor de los códigos y la ley especial.

Esa ley especial y la disciplina contractual que establece han cumplido ya 40 años de vigencia, sin duda que con la ayuda de varias escasas pero efectivas pequeñas reformas parciales. Por demás, la Ley de 1980 ha convivido con cambios sustanciales en España y en el mundo. Entre ellos, la vigencia continuada de la Constitución como culminación del proceso de democratización nacional, el ingreso en la Unión Europea y su sucesiva expansión y contracción, el cambio del sistema monetario, el final del comunismo real en Europa y el auge de la globalización, actualmente un tanto en *stand-by* y no solo por los efectos generalizados del covid-19.

Todo ello ha permitido que la LCS constituya en la actualidad la más antigua en nuestro país de las leyes mercantiles en vigor, con la excepción del muy mutilado Código de comercio. La ley de 1980, por otra parte, se ha constituido en el eje sobre el que giran e incrementan las diversas normas que componen lo que podría denominarse hoy día el subsistema de normas disciplinadoras del contrato de seguro en sentido amplio.

En efecto y a partir de 1980 se ha venido produciendo una eclosión de normas asegurativas de superior rango que completan, en muy diversos aspectos, el texto nuclear de la LCS: son, por así decir, aspectos satelitales de la misma los siguientes: el derecho público del contrato y de los aseguradores, el derecho de la producción y distribución del seguro, la disciplina de los fondos de pensiones, un sinfín de números contables, actuariales y estadísticos sin que pueda dejar de mencionarse, por último, la electrificación del contrato y el muy diverso alcance de la misma en lo que concierne a su perfección, administración y cumplimiento.

* * *

Los elementos normativos periféricos que acaban de ser aludidos así como la jurisprudencia, doctrina y operadores de la práctica negocial al atender el núcleo normativo han generado una fronda de reglas, principios y pautas de conducta de mayor o menor intensidad normativa —desde el derecho privado imperativo hasta el multifacético *soft law*— que se consolida paulatinamente o se desecha definitivamente. En el primero de tales casos a lo largo de los 40 años transcurridos desde 1980 nuevas disposiciones han ido viendo la luz con ánimo de corregir o complementar la LCS: se genera así una continua construcción de un nuevo derecho generalmente periférico pero en ocasiones nuclear igualmente. Baste mencionar como ejemplo los seguros obligatorios o de responsabilidad objetiva, tan excesivamente abundantes en España.

Pues bien el libro que se prologa está dedicado a la consideración de una de tales emanaciones innovadoras que, como tantas otras, se encuentra recorriendo el irregular camino económico y jurídico que transita desde la imaginación doctrinal hasta las páginas del Boletín Oficial del Estado. Se trata de la que se viene denominando transparencia contractual de un modo muy generalizado.

A ella han recurrido, además de opiniones doctrinales y *rationes decidendi*, abundantes normas positivas de diverso rango a lo largo de las últimas decenas de años. De tal modo, la transparencia ha pasado a constituir un nuevo estándar doctrinal del Derecho de seguros. No solo su origen y fuentes son diversificados sino que su contenido y aplicaciones, igualmente, carecen de homogeneidad suficiente. Por el momento el concepto o principio de transparencia no ha llegado a introducirse en la LCS pero sí que lo ha hecho en normas periféricas ya aludidas que giran alrededor de aquella. Hoy en día la transparencia, al igual que la certidumbre o la previsibilidad o el desequilibrio sobrenido de las prestaciones (*hardship*), constituyen conceptos o principios obligacionales de reciente cuño y que comienzan a completar o renovar el acervo de pautas generales común a la gran mayoría de contratos comerciales.

La obra prologada, partiendo de tales ideas, procede a peinar una serie de disposiciones referentes al seguro y parcialmente alusivas a la transparencia de tal modo que llega a ofrecer un panorama del alcance actual de aquel principio —y exigencia legal— en relación con nuestro contrato y sus variedades. Ese trayecto permite obtener conclusiones útiles en la materia que sin duda, y sin habérselo si quiera propuesto,

ayudarán a la adecuación futura de la LCS, con independencia de la forma en la que tenga lugar.

Llega la monografía incluso más allá en puntos concretos, y no de disposiciones periféricas sino de la propia Ley de 1980; puntos tanto del ámbito material de la obra cuanto de su más amplio objetivo constructivista y analítico. Así acontece con la referencia efectuada al tan debatido artículo 20 de la LCS en materia del importe de los intereses devengados por el retraso del asegurador en el pago de la indemnización. Sobre la cuestión adelanta nuestro autor un nuevo y valioso criterio en materia del pago de la indemnización por asegurador; consiste tal criterio en el reforzamiento de la obligación de pago temporáneo de la indemnización por el asegurador en lugar del actual encarecimiento de los intereses de demora. Al hilo de las páginas otras aportaciones no menos interesantes del autor a la ley sustantiva pueden ser halladas.

* * *

Para terminar, quiero indicar que constituye para mí una gran satisfacción redactar estas breves palabras introductorias al nuevo libro de un ya maduro colaborador, primero, en mis tareas ya finalizadas de la cátedra de Derecho Mercantil en la Universidad Carlos III de Madrid y, después, en mis labores de Presidente de la Sección Española de la Asociación Internacional de Derecho de Seguros (SEAIDA): desde el inicio del efectivo desempeño de esa tarea, el Prof. Félix Benito ha ejercido como Secretario General de la Asociación. Ambos continuamos el desempeño de tales cargos a la fecha de redacción del presente Prólogo. Por demás Félix Benito recientemente me ha sucedido en el Consejo Internacional de Presidencia de la Asociación Internacional de Derecho de Seguros (AIDA mundial).

El Prof. Benito, desde que lo conocí hace ya una década más que larga me expresó su interés por el Derecho de seguros y sus manifestaciones contemporáneas, se doctoró con una muy distinguida tesis sobre los fondos de pensiones, inició sus tareas como abogado y continúa siéndolo al par que sigue enseñando Derecho Mercantil como Profesor Asociado de la materia en la ya crecida Universidad Carlos III.

Solo me queda hacer pública mi satisfacción por el trabajo llevado a cabo y que ahora ve la luz pública; también por los años en los que hemos compartido Departamento universitario y las tareas de dirección de SEAIDA.

El lector, no obstante mi favorable opinión, tiene ahora la última palabra.

RAFAEL ILLESCAS

Catedrático de Derecho Mercantil

En las costas de Málaga, durante el perturbado verano de 2020



COMARES
editorial

