

Hacia una desintermediación matizada y el reforzamiento de ciertos deberes

Abel B. Veiga Copo

Profesor Ordinario de Derecho Mercantil

Universidad Pontificia Comillas de Madrid

SUMARIO: 1.- Introducción. 2.- Información y asesoramiento de productos de inversión basados en seguros. 3.- Información, idoneidad y adecuación. Hacia la Products Oversight Governance. La distribución de productos de inversión vinculados a un seguro.

1.- Introducción.

¿Avanza el seguro hacia un nuevo marco de distribución?, ¿qué modelo, que pauta sigue hoy la comercialización y canalización desde el diseño y producción del seguro hasta la comercialización y gestión del mismo? No podemos ignorar que una de las notas que hoy marcan el seguro, es ir hacia una distribución directa lo que implica de suyo una no intervención de un mediador, la desintermediación. Una nota que viene marcada por un claro matiz de análisis económico. Ahora bien, no podemos negar que la Directiva (UE) 2016/97 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de enero de 2016 sobre la distribución de seguros cambia completamente la noción y desarrollo de la actividad de distribución, recte, intermediación, abriendo sin duda, tal conceptualización a las entidades aseguradoras y reaseguradoras, así como los estrictamente distribuidores intermediarios de seguro, con regulación incluso de los intermediarios de seguros complementarios, amén de otros partícipes¹. Y es que, hasta el momento presente, la disparidad de disposiciones nacionales relativas a la distribución de seguros y reaseguros ha hecho necesario que, mediante la Directiva 2016/97 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de enero de 2016, sobre la distribución de seguros, se hayan introducido una serie de modificaciones en la Directiva 2002/92/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de diciembre de 2002, sobre la mediación en seguros, buscando obtener una armonización en las disposiciones nacionales relativas al acceso y ejercicio de la actividad de distribución de seguros y reaseguros.

Casi dos décadas después de aplicación de la Directiva 2002/92/CE ha evidenciado la necesidad de garantizar un mismo nivel de protección a los clientes, sea cual sea el canal a través del cual se adquiriera un producto de seguro. Algo que, por tanto, no estaba sucediendo como tampoco la diferenciación entre informar y asesorar.

¹Una buena tipología pero sobre todo en la comparativa de algunos países europeos, eje norte sur, y sobre todo en lo cuantitativo, nos los ofrece EMORINE/YUNG, «Distribution d'assurances: la transposition de la directive (UE) 2016/97 du 20 janvier 2016», [<https://www.senat.fr/lc/lc276/lc276.pdf>], presentada el 19 de enero de 2017 ante la Commission des Affaires européennes del Senado francés, y en la que a la hora de marcar los parámetros de la transposición de la Directiva de Distribución dibuja y desmenuza los datos y número de agentes, corredores, banca seguros etc., de ocho de los principales países de la UE, así como la comercialización de seguros y primas en función del ramo vida o no vida en estos países. Así, destaca, pp. 10 a 11, como en la estructura de las primas de seguro vida en 2014 para el caso español, el 26,4% eran gestionadas por intermediarios (agentes) y el 65,6% por la banca, siendo el resto directamente un 8%. Los tantos por ciento eran muy similares para Francia e Italia, llegando a ser distribuidos por la banca un 64% y un 78,7% respectivamente los seguros de vida. En cambio, en Alemania, el 73,5% es comercializado por intermediarios y solo un 19,8 por la banca, al igual que Reino Unido, un 70,5% frente al 22,7% por la banca. Por el contrario, en ramos de no vida, solo el 11,7% se comercializa por la banca en España, el 13 en Francia y, sin embargo un 6,9% en Alemania y 7,4% en Inglaterra. Aquí la venta directa es de un 30% en España, un 9, 2 en Alemania, y un 32,7% en Reino Unido o un 35% en Francia.

Debido a ello, se ha optado por expansionar la figura del distribuidor, por lo que se consideran distribuidores de seguros y reaseguros no sólo a los mediadores de seguros y reaseguros, sino también a las entidades aseguradoras y reaseguradoras, así como a otros participantes en el mercado que distribuyan productos de seguros con carácter auxiliar, como pueden ser las agencias de viajes o las empresas de alquiler de automóviles, que tendrán la consideración de mediadores de seguros complementarios a menos que reúnan las condiciones para ser objeto de exención. Asimismo, el concepto de distribución de seguros incluye la actividad desarrollada a través de los denominados «comparadores de seguros». De esta forma, se amplía el ámbito de aplicación que establecía la Directiva 2002/92/CE.

Ciertamente la ley que traspuso esta anterior Directiva, la de mediación de 2006, La Ley 26/2006, de 17 de julio, buscaba mejorar la transparencia en el ejercicio de la actividad de distribución y garantizar la protección de los consumidores y usuarios. Su regulación se asentó sobre tres principios básicos: La regulación de nuevas formas de mediación, con la incorporación principalmente de las figuras del agente de seguros vinculado a varias entidades aseguradoras y del corredor de reaseguros; el principio de igualdad de trato de las distintas clases de mediadores, para lo cual se preveían requisitos profesionales equivalentes para todos ellos atendiendo a su especial naturaleza; y el principio de transparencia que garantizase adecuadamente la protección de los clientes en este ámbito.

La nueva regulación que será trasunto de la trasposición de la Directiva de 2016, modifica y mejora sustancialmente estos principios. En primer lugar, se incluye a las entidades aseguradoras como distribuidores de seguros, y se regula de manera expresa la figura del mediador de seguros complementarios. En segundo lugar, se refuerzan los requisitos de organización y competencia profesional y las obligaciones de información y normas de conducta que deben de seguir los distribuidores de seguros. Por último, y en relación con los denominados productos de inversión basados en seguros, se establece un régimen reforzado de protección al usuario de seguros privados, estableciendo requisitos adicionales de información a suministrar al cliente por contrato de seguro, así como adaptando las sanciones a lo dispuesto en la Directiva 2016/97/UE.

Es más, no sólo ese cambio conceptual será amplio, cuanto que la premisa es avanzar por una mayor involucración del mediador en lo funcional². Una posición más proactiva, más técnico-jurídica y, si se nos permite, más tuteladora en los derechos y expectativas razonables de un asegurado. Máxime en todo lo concerniente a cuestiones financieras y de inversión y donde el riesgo patrimonial es exponencialmente alto para determinados grupos o sectores de asegurados potenciales³.

Esta es, además, la premisa de la que hoy, el legislador y en aras al impulso de la Directiva de Distribución de 2016 ha marcado para la regulación de la distribución y en la que la información precontractual y contractual y el asesoramiento se convierte en

²Véase LANGÉ, «Le nouveau droit de la distribution de l'assurance», RGDA, 2018, nº 10, pp. 438 y ss., donde desmenuza esa actividad distribuidora y destaca en p. 439 «La tension de l'activité déployée vers la conclusion du contrat d'assurance laissée à la volonté du souscripteur potentiel définit ainsi l'activité de distribution d'assurance».

³Véase la sentencia del TJUE de 31 de mayo de 2018, nº C-542/16, Länsförsäkringar Sak Försäkringsaktiebolag c/ Dödsboet efter Ingvar Mattson et Jan-Erik Strobel, y el comentario que a la misma realiza PARLEANI, «La Cour de justice incite les intermédiaires d'assurance à être aussi conseils en investissements financiers (et vice-versa)», RGDA, 2018, nº 7, pp. 363 y ss., en donde, entre otros extremos, analiza las fronteras de la intermediación en seguro, y que enfatiza p. 364 «es comúnmente admitido que la intermediación en seguros desborda el estricto cuadro de una negociación contractual *qui ne serait conduite que dans la perspective de conclure un contrat d'assurance* ».

claves de bóveda de la comercialización de los productos de seguro y máxime si los mismos revisten cierta complejidad.

Como es fácilmente imaginable, cuando hablamos de intermediarios, sea en el sector que fuere económico y profesional, confluyen dos libertades, de un lado, la libertad contractual que permiten a las partes configurar el contenido de su contrato dentro de una disposición y autonomía de la voluntad plausible, mínima y tutelada, como de suyo, a través de los condicionados y las propias normas tanto de la Ley del contrato de seguro como de otros corpus normativos existen y protegen al consumidor en este caso asegurado.

Mas de otro lado existe otra libertad, la de ejercer una actividad profesional que permite asesorar, complementar, distribuir, colaborar en suma interempresarialmente o personalmente en la canalización y perfección contractual. Estos intermediarios confluyen pues en ese marco convencional y perfectivo del contrato, desde sus tratativas iniciales hasta la propia dinamicidad negocial y, llegado el caso, el siniestro acaecido. El cómo sea ese ejercicio, pero sobre todo, esa presencia en el mercado, esa colaboración, el carácter del mismo, la vinculación y obligaciones de estos intermediarios, amén de su concurrencia queda normada por leyes específicas de distribución y mediación⁵.

Pero también puede distribuirlos de un modo indirecto a través de personas que actúan como cauce de distribución, asesorando –o al menos *a priori*– a los tomadores de seguro a la hora de preparar y perfeccionar los contratos de seguro, pero también cuando el seguro se hace efectivo y cobra virtualidad. Los aseguradores necesitan para desarrollar en plenitud su actividad aseguradora, salvo que actúen directamente en la distribución ya presencial ya a distancia, la colaboración de otros empresarios o personas físicas que asesoren, suministren, contraten, negocien y, durante la vida de la póliza gestionen las vicisitudes que atañan al seguro en general y a los asegurados en particular, desde cobrar primas, recibir declaraciones de agravaciones del riesgo, suplementos a la póliza, declaraciones de abono, y, recibir sobre todo, la comunicación del siniestro y plantear la liquidación pertinente de la indemnización.

Es indudable que la internacionalización está llamando a la vuelta de la esquina y pronto será una realidad en el contrato de seguro si no lo es ya, no sólo en los grandes riesgos, sino también en los miles por no decir millones de pequeños contratos de seguro que los ciudadanos van tejiendo y celebrando a lo largo de su vida y en los lugares más próximos o más remotos.

Las empresas de seguro se expanden, se deslocalizan y llegan a cualquier rincón comunitario o no, sea de forma física o virtual, y con ellas llegan los contratos, ingentes masas de contratos. Y lo que es más importante, necesitan de la colaboración de mediadores profesionalizados.

Los nuevos mercados, la apertura supranacional y su interdependencia, la eclosión de nuevos riesgos y toda una revolución en las técnicas de comunicación más ágiles y dinámicas a la par que una profunda desintermediación en los tradicionales pero también nuevos canales de distribución de bienes y servicios requieren unas normas jurídicas

⁴Defiende LOWRY/RAWLINGS/MERKIN, *Insurance Law*, 3ª ed., London, 2011, p. 57 como las transacciones de seguro son conducidas a través de los *medium*, intermediarios, que juegan «a pivotal role» en la creación del contrato de seguro. Aseveran como el término intermediario de seguros es necesariamente amplio y cubre inter alia, «brokers, independent agents, employees of insurance companies and their “tied” agents».

⁵Esta concurrencia se ha visto no pocas veces alterada por clausulados leoninos. Buena muestra nos la ofrece LANGÉ, «Alerte orange sur les clauses de non-concurrence des intermédiaires d'assurances!», RGDA, 2002, n.º 4, pp. 919 a propósito de dos fallos de la Corte de Casación de 10 de julio de 2002 y de 18 de septiembre de 2002.

capaces de satisfacer y dar acertada y cumplida respuesta a tamañas exigencias. De su éxito o de su no reforma depende en buena medida el futuro del contrato de seguro. El gran problema de la mediación en nuestro país ha sido entre otros extremos que pese a tener una norma especial que ordena su profesión fue ignorada por la LCS como también lo han sido sus funciones.

Se entiende por mediación el conjunto de actividades consistentes en la presentación, propuesta o realización de trabajos previos a la celebración de un contrato de seguro o de reaseguro, o de celebración de estos contratos, así como la asistencia en la gestión y ejecución de dichos contratos, en particular en caso de siniestro⁶.

Los mediadores de seguros están obligados a ofrecer información veraz y suficiente en la promoción, oferta y suscripción de los contratos de seguro y, en general, en toda su actividad de asesoramiento. Ámbito éste extraordinariamente desarrollado en el proyecto de ley de distribución de seguros. Sirva como botón de muestra las tres modalidades de venta de productos de seguro como son la venta informada, la venta asesorada y la venta en ejecución (artículos 49 y 55)⁷. Mas ¿puede un mediador comportarse o actuar en aras de una resolución extrajudicial de litigios asesorando al asegurado?⁸. Su función primordial es básicamente la de asesorar siendo un canal privilegiado en la distribución del seguro. Su actuación profesional es determinante en aras a concretar el alcance y las limitaciones del seguro contratado. Los agentes son retribuidos por las comisiones sobre las primas que tarifican el riesgo cubierto en la póliza⁹.

⁶Evocativo el título y la aportación de BAILLOT, «Les charmes discrets de la médiation de l'assurance», RGDA, 2016, n.º 10, pp. 466 y ss., donde se analiza con detalle las ventajas de la mediación para el consumidor de seguros. En parecidos términos y a efectos de arbitrar canales extrajudiciales, véase además, LANDEL, «La médiation des litiges de la consommation: un nouveau défi pour les assureurs», RGDA, 2015, n.º 12, pp. 538 y ss. La sentencia *Harvest Trucking Co Ltd v Davis* [1991] 2 Lloyd's Rep 638, señalaba: «A broker or other insurance intermediary is employed to act as a middle man between the person employing him –normally the person requiring insurance– on the one hand, and the proposed insurer or insurers on the other».

⁷Sobre los mismos véase entre otros, ALMARCHA/MUELAS/MIR, «Aspectos clave en la distribución del seguro de vida unit-linked», RES, 2018, n.º 176, pp. 533 y ss., pp. 542 y ss.

⁸A propósito de la Directiva 2013/11/UE relativa al reglamento extrajudicial de litigios de consumo, se plantea BAILLOT, «Les charmes discrets de la médiation de l'assurance», RGDA, 2016, n.º 10, pp. 466 y ss., p. 467 el rol que los mediadores han de desempeñar, poniendo en valor la como la generalización de la mediación de consumo responde a una pluralidad de objetivos a beneficio de los asegurados como: 1. Pour conforter sa confiance; 2. pour renforcer la qualité des prestations mises à sa disposition; 3. Pour assister l'assuré sans sa démarche; 4. Pour permettre une meilleure compréhension des assurés, la plus grande pédagogie est de rigueur; 5. Pour éclairer globalement les entreprises d'assurances y finalmente, pour éclairer ponctuellement chaque entreprise d'assurances sur le différend noué avec son assuré. Véase igualmente la aportación de MAYAUX, «Les relations entre médiation et arbitrage en matière d'assurance», RGDA, 2012, pp. 168 y ss.; NOGUERO, «Assurance et médiation», RGDA, 2014, n.º 6, pp. 373 y ss.

⁹Advierte, SCHWARCZ, «Differential Compensation and the “race to the bottom” in consumer insurance markets», cit., p. 729 cómo «*In property/casualty insurance markets, these commissions are generally the same each year that a consumer renews a policy, whereas commission rates tend to decrease over time for life insurance sales personnel. This creates its own conflicts of interest. These “ordinary” commission rates have always varied based on the underlying line of insurance sold, as different lines of insurance require different levels of effort by insurance agents. But, historically, these commission rates were relatively standard within specific insurance lines, as individual insurers offered a single commission rate to all agents. Although new insurers occasionally offered above-market rates to break into markets, competition ultimately ensured relatively uniform commissions within product lines. In the last few years, the premium commissions that different insurers pay independent agents have begun to vary more significantly than in the past. Some insurers now negotiate their commission rates on an individual basis with agents, offering higher rates to agents that have historically directed a large volume of profitable business to the insurer. As a result, many independent agents receive higher commission rates for selling policies from one insurer than another, despite competitive forces. Even insurance agents who receive the same premium commissions from different insurers may nonetheless receive different contingent commissions from those insurers. Unlike differential premium commissions, insurers have long paid contingent commissions to independent agents. Contingent commissions are year-end bonuses that some insurers pay to independent agents based on the performance of the agent's book of*

Mas sin duda una de las preguntas esenciales y transversales a la mediación de los seguros, no es otra que la de interrogarse sobre el grado de independencia de los mismos¹⁰. Los mediadores que desarrollan una actividad exclusiva y excluyente no son partes del contrato de seguro, pero producen en el sentido de mediar, promover y asesorar seguros y conservan e incrementan la clientela de uno o varios aseguradores en función de si existe o no pacto de exclusiva (v. sent. de 23 de enero de 1998), no pueden en modo alguno imponer ni directa ni indirectamente la celebración del contrato de seguro, sino que actúan, bien en nombre y por cuenta del asegurador, si están ligados a éste a través de un contrato de agencia, o bien, como simples mediadores vinculados al tomador del seguro o al asegurador¹¹.

En un supuesto estaríamos ante un mediador que actúa bien como mandatario o depositario de la aseguradora, dado que depende contractualmente de una aseguradora por lo que están legitimados para realizar el cobro de las primas en nombre y por cuenta de la aseguradora. En el segundo supuesto y dada su vinculación con el tomador, las comunicaciones efectuadas por el mediador al asegurador en nombre del tomador del seguro surtirán los mismos efectos que si las realizara éste -artículo 21 LCS-; por el contrario, el pago de la prima hecho por el tomador al mediador no se entenderá realizado al asegurador, salvo cuando aquél le entregue a cambio el correspondiente recibo emitido por el asegurador. Y es que, uno de los problemas clásicos ha sido en este ámbito el de identificar al principal del mediador o intermediario¹².

Este supuesto se explica si se tiene en cuenta el hecho de que los corredores a diferencia de los agentes gozan de un carácter de independencia y desvinculación respecto a la entidad aseguradora. Ahora bien, determinar qué interés amparan y protegen los distintos mediadores es clave de cara a tutelar y proteger al asegurado. Saber si un mediador, sea en unos casos el agente, sea el corredor, actúa por cuenta o no, o por interés o no del asegurador difiere. Como lo hace en la información y el grado de intensidad de tutela del asegurado y en su caso, tomador.

Deslindar y conocer si el mediador actúa en interés del asegurado o de la aseguradora incide en la protección del asegurado. Así, la vieja Propuesta de Directiva de 3 de julio de 2012 sobre mediación de seguros, ya asentaba a que la normativa nacional sea inequívoca a la hora de obligar a los intermediarios a que informen «si el

business with that insurer. Most contingent commission contracts link this bonus to certain volume or profitability benchmarks for the agent's book of business. If the specified benchmarks are met, then the insurer pays the agent a contingent commission that usually is calculated based on the profitability and/or volume of the agent's book of business with that insurer».

¹⁰Como bien señala LATORRE CHINER, «La independencia del corredor de seguros», La reforma del derecho del seguro, [BATALLER/QUINTÁNS/VEIGA (Dir.s.)], Cizur Menor, pp. 575 y ss., p. 576 el verdadero significado de la independencia del corredor no es claro y a ello contribuyen varios factores, en gran parte debidos al pobre tratamiento legislativo que se le ha dispensado. Uno de ellos es que las leyes no han mantenido un criterio uniforme sobre los elementos que identifican la situación de independencia con respecto de las entidades aseguradoras. Pero otro de los factores es la ausencia de afección o de vínculos que supongan afección con las aseguradoras. Determinar qué se entiende por vínculos de afección ha sido y es tarea del intérprete.

¹¹De un modo más detallado VILLARUBIA GARCÍA, «Horizonte legal en materia de mediación en seguros privados», *Comentarios a la Reforma de la Formativa de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados*, RUIZ ECHAURI (Coord.), Cizur Menor, 2004, pp. 547 y ss., p. 590.

¹²En este punto han sido agudos LOWRY/RAWLINGS/MERKIN, *Insurance Law*, cit., p. 59 y 60 a la hora de trazar el problema y saber quién es el principal, si el asegurador o el asegurado. Así, añaden ejemplificativamente: «... where a material fact is disclosed by the insured to the agent, the insurer will not be able to avoid the policy for non-disclosure if it is found to be the agent's principal and the court imputes the agent's knowledge of the material fact to it. Identifying the agent's principal is also critical to the determination of to whom the agent's duties are owed».

intermediario representa al cliente o actúa en nombre y por cuenta de la empresa de seguros» (artículo 16 a) v.)¹³.

No podemos ignorar como la práctica nos ha mostrado que el nivel de tutela y protección de los asegurados se refuerza o por el contrario se debilita en función del canal de distribución del seguro que se ha empleado¹⁴.

La clasificación de los mediadores de seguros que dispensa la todavía vigente a la espera de la aprobación de la norma de trasposición de la Directiva de distribución de seguros de 2016, sigue siendo la Ley 26/2006 de 17 de julio de Mediación de Seguros y Reaseguros privados distingue entre agentes de seguros, corredores de seguros y corredores de reaseguros.

Entre los primeros, los agentes de seguros, pueden a su vez desglosarse en agentes de seguros exclusivos o agentes vinculados –cuando desarrollan su mediación para varias entidades aseguradoras–. También se reconoce por ley idéntica posición jurídica a los operadores de banca-seguros, es decir, cuando son entidades crediticias o sociedades controladas o creadas por aquéllas y dedicadas precisamente a la mediación del seguro utilizando las redes y sucursales de las propias entidades de crédito. Como bien señala la Directiva de 2016 y marcará el dictado de la futura Ley, en su considerando 5,

“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.”

Los agentes de seguros y los corredores de seguros podrán ser personas físicas o jurídicas. La condición de agente de seguros exclusivo, de agente de seguros vinculado y de corredor de seguros son incompatibles entre sí en cuanto a su ejercicio al mismo tiempo por las mismas personas físicas o jurídicas. Son agentes de seguros vinculados las personas físicas o jurídicas que, mediante la celebración de un contrato de agencia de seguros con varias entidades aseguradoras y la inscripción en el Registro administrativo especial de mediadores de seguros, corredores de reaseguros y de sus altos cargos, se

¹³Formulan LOWRY/RAWLINGS/MERKIN, *Insurance Law*, cit., p. 59 una regla general en la que no obstante exceptúan el supuesto de los seguros de automóviles en los que los corredores sí pueden emitir una nota de cobertura provisional, así, afirman: «it can be said that agents and brokers are presumed to be the agents of the insured, while company representatives (canvassing agents and employees), are deemed to be agents of the insurer. That said, there are situations where a broker will be regarded as acting as the insurer's again. This is particularly common in motor insurance where brokers have implied authority to enter into interim insurance and to issue cover notes».

¹⁴Así, el Considerando 4 y 5 de la Propuesta de Directiva de Mediación de Seguros de 2012 señala:

«(4). *A fin de garantizar que se aplique el mismo nivel de protección y que el consumidor pueda beneficiarse de normas comparables, es esencial que la presente Directiva promueva unas condiciones equitativas y la igualdad de condiciones de competencia entre intermediarios tanto si están ligados a una empresa de seguros como si no. Los consumidores saldrán beneficiados si los productos de seguro se median a través de una variedad de canales e intermediarios con diferentes formas de cooperación con las empresas de seguros, siempre que estos canales e intermediarios tengan que aplicar las mismas normas en materia de protección del consumidor. Es importante que los Estados miembros tengan en cuenta estos aspectos en la aplicación de la presente Directiva.*

(5) La aplicación de la Directiva 2002/92/CE ha dejado patente la necesidad de precisar más una serie de disposiciones, al objeto de facilitar el ejercicio de la mediación en los sectores de seguros y de reaseguros, y, asimismo, que la protección del consumidor exige ampliar el ámbito de aplicación de la Directiva a todas las ventas de productos de seguro *efectuadas como actividad profesional principal*, ya se realicen a través de intermediarios de seguros o de empresas de seguros. Las empresas de seguros que vendan productos de seguro directamente deben estar comprendidas en el ámbito de aplicación de la nueva Directiva, en condiciones similares a las de los agentes y corredores de seguros, por lo que atañe a sus ventas, sus servicios postventa y sus procedimientos en caso de siniestro».

comprometen frente a éstas a realizar la actividad de mediación de seguros, en los términos acordados en el contrato de agencia de seguros¹⁵.

15El artículo 3 de la Propuesta de Directiva de Mediación de Seguros establece en su artículo 3 el registro y las condiciones de registro de los intermediarios, así, señala: «... 1. Salvo en las condiciones previstas en el artículo

«... 1. Salvo en las condiciones previstas en el artículo 4, los intermediarios de seguros y de reaseguros deberán estar registrados por una autoridad competente, **de conformidad con el artículo 10, apartado 2**, en su Estado miembro de origen. Las empresas de seguros y **reaseguros** [Directiva 73/239/CEE \(LCEur 1973, 133 \[LCEur\1973\133\]\)](#) registradas en los Estados miembros de acuerdo con la del Consejo ⁽¹⁷⁾, la [Directiva 2002/83/CE \(LCEur 2002, 3585 \[LCEur\2002\3585\]\)](#) del Parlamento Europeo y del Consejo ⁽¹⁸⁾ y la [Directiva 2005/68/CE \(LCEur 2005, 2795 \[LCEur\2005\2795\]\)](#) del Parlamento Europeo y del Consejo ⁽¹⁹⁾, así como sus empleados, no tendrán la obligación de registrarse nuevamente a efectos de la presente Directiva.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo primero, los Estados miembros podrán establecer que las empresas de seguros y de reaseguros u otros organismos puedan cooperar con las autoridades competentes en el registro de los intermediarios de seguros y de reaseguros, así como en la aplicación de los requisitos contemplados en el artículo 8 a dichos intermediarios. En particular, en el caso de los intermediarios de seguros ligados, los podrán registrar las empresas de seguros, las asociaciones de empresas de seguros o los intermediarios de seguros o reaseguros bajo el control de una autoridad competente.

Los Estados miembros podrán establecer que, cuando un intermediario de seguros o reaseguros actúe bajo la responsabilidad de una empresa o un intermediario de seguros o reaseguros, **no se exigirá al intermediario de seguros que facilite a la autoridad competente la información indicada en el artículo 3, apartado 7, letras a) y b), y la entidad de seguros responsable garantizará que el intermediario de seguros cumpla las condiciones de registro y otras disposiciones establecidas en la presente Directiva.** Los Estados miembros podrán también establecer que la persona o entidad que se responsabilice del intermediario se encargue de registrarlo.

Los Estados miembros no estarán obligados a exigir el requisito contemplado en los párrafos primero y segundo a todas las personas físicas que trabajen para una empresa de seguros o reaseguros o un intermediario de seguros o reaseguros registrado y que ejerzan la actividad de mediación de seguros o reaseguros.

Los Estados miembros garantizarán que las personas jurídicas sean registradas e indicarán además en el registro los nombres de las personas físicas, en el seno de la dirección, responsables de las actividades de mediación.

2. Los Estados miembros podrán establecer más de un registro para los intermediarios de seguros y reaseguros siempre que fijen criterios con arreglo a los cuales se deban registrar los intermediarios.

Los Estados miembros establecerán un sistema de registro en línea, consistente en un formulario único de registro disponible en un sitio web, al que deberán poder acceder fácilmente los intermediarios y las empresas de seguros, y que podrá ser cumplimentado directamente en línea.

3. Los Estados miembros velarán por que se cree un punto único de información que permita un acceso fácil y rápido a la información procedente de dichos registros establecidos por vía electrónica y que se actualizarán permanentemente. Este punto de información permitirá asimismo la identificación de las autoridades competentes de cada Estado miembro contempladas en el apartado 1, párrafo primero. Este registro indicará además el país o los países en que el intermediario opera en régimen de libertad de establecimiento o de libre prestación de servicios.

4. La AESPJ establecerá, publicará en su sitio web, y mantendrá actualizado, un registro electrónico único en el que consten los intermediarios de seguros y de reaseguros que hayan notificado su intención de desarrollar actividad transfronteriza de conformidad con lo dispuesto en el capítulo IV. Los Estados miembros facilitarán prontamente a la AESPJ la información pertinente, a fin de que pueda llevar a cabo esta labor. En la base de datos deberá figurar un hipervínculo a la autoridad competente pertinente de cada Estado miembro. El registro contendrá enlaces a los sitios web de las autoridades competentes de cada Estado miembro. **La AESPJ tendrá derecho de acceso a los datos allí almacenados. La AESPJ y las autoridades competentes tendrán derecho a modificar estos datos. Los interesados cuyos datos puedan ser objeto de almacenamiento e intercambio tendrán derecho de acceso y derecho a recibir información adecuada.**

La AESPJ establecerá un sitio web con hipervínculos para cada uno de los puntos únicos de información constituidos por los Estados miembros de conformidad con el artículo 3, apartado 3.

Los Estados miembros velarán por que la inscripción en el registro de los intermediarios de seguros, incluidos los intermediarios de seguros ligados, y los intermediarios de reaseguros esté sujeta al cumplimiento de los requisitos profesionales contenidos en el artículo 8.

Asimismo, los Estados miembros velarán por que los intermediarios de seguros, incluidos los intermediarios de seguros ligados, y los intermediarios de reaseguros que dejen de cumplir dichos requisitos sean excluidos **inmediatamente** del registro. La validez del registro estará sujeta a una revisión periódica por parte de la autoridad competente. En caso necesario, el Estado miembro de origen informará al Estado miembro de acogida de dicha exclusión.

5. Los Estados miembros velarán por que las autoridades competentes no incluyan a un intermediario de seguros o de reaseguros en el registro a no ser que tengan el convencimiento de que el intermediario reúne los requisitos establecidos en el artículo 8, **o que otro intermediario o empresa asuma la responsabilidad de garantizar que el intermediario cumple estos requisitos de conformidad con el artículo 3, apartado 1, párrafo tercero.**

5 bis. Los intermediarios de seguros y de reaseguros inscritos en el registro podrán emprender y ejercer la actividad de mediación de seguros y de reaseguros en la Unión en virtud, tanto del derecho de libre establecimiento como de libre prestación de servicios.

En cambio, son agentes de seguro exclusivos los que celebren un contrato de agencia con una única aseguradora, si bien ésta podrá permitir que el agente celebre otro contrato de agencia de seguros distinto con otra entidad aseguradora para operar en determinados ramos de seguros, riesgos o contratos en los que no opere la entidad autorizante. La entidad aseguradora autorizante deberá informar por escrito a la entidad con la cual el agente de seguros pretenda celebrar otro contrato de agencia de los términos en que se otorga la autorización, y procederá a su anotación en el registro de agentes.

Los agentes de seguro son mediadores normalmente empresarios independientes que desarrollan su actividad de producción de seguros para una compañía de seguros y están vinculados a ella por medio de un contrato de agencia¹⁶. Existe un vínculo de dependencia con la entidad aseguradora¹⁷. El agente actúa en la fase sobre todo de suscripción del contrato de seguro como colaborador o persona afecta a la aseguradora. Nada obsta a que el agente pueda actuar en nombre de varias aseguradoras siempre y

Un intermediario de seguros actúa con arreglo a la libertad de prestación de servicios cuando se dispone a suministrar a un titular de una póliza establecido en un Estado miembro distinto del Estado en que está establecido el intermediario de seguros un contrato de seguro para un riesgo presente en un Estado miembro distinto del Estado en que está establecido el intermediario de seguros.

Las autoridades competentes podrán expedir al intermediario de seguros o reaseguros un documento mediante el cual toda persona interesada pueda comprobar que están debidamente registrados consultando cualquiera de los registros mencionados en el apartado 2.

En dicho documento se incluirá, por lo menos, la información indicada en el artículo 16, letra a), incisos i) y iii), y letra b), ***incisos i) y iii)***, y, cuando se trate de personas jurídicas, el nombre o nombres de las personas físicas mencionadas en el apartado 1, párrafo cuarto, del presente artículo.

El Estado miembro exigirá que el documento se devuelva a la autoridad competente que lo haya expedido cuando el intermediario de seguros o reaseguros ya no esté registrado

6. Los Estados miembros establecerán que las solicitudes de los intermediarios para ser incluidos en el registro se tramiten en el plazo máximo de ***dos*** meses desde la presentación de una solicitud completa, y que se notifique la decisión al solicitante sin demora.

Los Estados miembros velarán por que las autoridades competentes adopten las medidas oportunas para poder verificar si los intermediarios de seguros y reaseguros cumplen, en todo momento, los requisitos de registro que establece la presente Directiva.

7. Los Estados miembros velarán por que sus autoridades competentes exijan a los intermediarios de seguros y reaseguros ***distintos de los intermediarios ligados y los intermediarios para los que otra entidad de seguros asume la responsabilidad de asegurar que el intermediario cumple esos requisitos de conformidad con el artículo 3, apartado 1, párrafo tercero, como condición para el registro, un justificante*** de lo siguiente:

a) información la identidad de los accionistas o socios, ya sean personas físicas o jurídicas, que posean en el intermediario una participación superior al 10%, y el importe de esas participaciones;

b) información sobre la identidad de las personas que posean vínculos estrechos con el intermediario de seguros o reaseguros;

c) una prueba satisfactoria de que las participaciones o los vínculos estrechos no impiden a la autoridad competente el ejercicio efectivo de sus funciones de supervisión.

Los Estados miembros garantizarán que sus autoridades competentes exijan que los intermediarios de seguros y reaseguros a los que se aplica el artículo 3, apartado 7, les informen sin demora injustificada de los cambios en la información facilitada de conformidad con el artículo 3, apartado 7, letras a) y b).

8. Los Estados miembros velarán por que las autoridades competentes denieguen el registro si las disposiciones legales, reglamentarias o administrativas de un tercer país aplicables a una o varias personas físicas o jurídicas con las cuales el intermediario de seguros o reaseguros posea vínculos estrechos, o las dificultades para hacer cumplir esas disposiciones legales, reglamentarias o administrativas, impiden el ejercicio efectivo de sus funciones de supervisión.

8 bis. Los Estados miembros podrán disponer que aquellas personas que hubiesen ejercido una actividad de mediación antes del 1 de enero de 2014, que hubiesen estado inscritas en un registro y que hubiesen tenido un nivel de formación y de experiencia similares a los exigidos por la presente Directiva se incluyan automáticamente en el registro que se ha de crear, una vez cumplidos los requisitos establecidos en el artículo 4, apartados 3 y 4.

¹⁶Contrato que enmarca y desarrolla toda la relación jurídica entre principal y agente. Así, LOWRY/RAWLINGS/MERKIN, *Insurance Law*, cit., p. 60 afirman: «An agent's actual authority will depend upon the agreement between him and the principal. Additionally, an agent may also have implied authority to carry out certain acts on behalf of the principal as where, for example, the principal issues the agent with blank cover-notes from which it can be implied that the agent is authorised an agent to insurance contracts».

¹⁷Sobre el análisis del posible doble vínculo del corredor del seguro tanto frente a la entidad aseguradora como el propio asegurado, *vid.* el estudio de PUYALTO FRANCO, «Algunas consideraciones sobre la relación jurídica entre corredores y entidades aseguradora a propósito de la nueva Ley de Mediación», RES, 2009, n.º 138, pp. 235 y ss.

cuando unas y otras lo autoricen. En cierta medida crean frente al asegurado una pantalla o apariencia de prolongación de la entidad aseguradora ofreciendo los servicios y contratos de aquella¹⁸.

El agente debe tener capacidad legal para ejercer el comercio y celebrar un contrato de agencia con una entidad aseguradora, por lo que su relación con las entidades de seguro tiene naturaleza mercantil. Ningún agente puede estar vinculado con más de una compañía de seguros, salvo autorización expresa y por escrito de ésta que quedará limitada siempre a ramos en los que no opere la primera o los previstos en la LOSSEAR¹⁹.

Contundente cuando menos la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 2008 ante el cese de dos agentes afectos representantes de una compañía de seguros, por no haber facilitado a la compañía la documentación necesaria pese a estar legal y contractualmente obligados a entregarla y haber sido requeridos a tal efecto en múltiples ocasiones, así como por no haber justificado las numerosas irregularidades descubiertas por la compañía y que comprometían seriamente la cobertura de las aseguradoras.

Por su parte, la sentencia de 23 de marzo de 2007, del Tribunal Supremo dirimía la controversia sobre una subrogación contractual ante el fallecimiento del agente de seguros.

Los mediadores de seguros podrán celebrar asimismo contratos mercantiles con auxiliares externos que colaboren con ellos en la distribución de productos de seguros actuando por cuenta de dichos mediadores y podrán realizar trabajos de captación de la clientela, así como funciones auxiliares de tramitación administrativa, sin que dichas operaciones impliquen la asunción de obligaciones²⁰. Estos auxiliares externos no tendrán la condición de mediadores de seguros ni podrán asumir funciones reservadas por esta ley a los referidos mediadores. En ningún caso podrán prestar asistencia en la gestión, ejecución y formalización de los contratos de seguro, ni tampoco en caso de siniestro.

Son corredores de seguros las personas físicas o jurídicas que realizan la actividad mercantil de mediación de seguros privados sin mantener vínculos contractuales que supongan afección con entidades aseguradoras, y que ofrece asesoramiento independiente, profesional e imparcial a quienes demanden la cobertura de los riesgos a que se encuentran expuestas sus personas, sus patrimonios, sus intereses o responsabilidades.

¹⁸Se ha discutido tradicionalmente la naturaleza jurídica de la ligazón que une al agente con la aseguradora, es decir, se discute si tiene un carácter mercantil o laboral. El TS a través de una copiosísima jurisprudencia se ha mantenido firme aclarando el carácter mercantil del contrato de agencia de seguros rechazando e posible carácter laboral. Vid. [STS de 14 de septiembre de 1988 \(RJ 1988, 6869 \[RJ\1988\6869\]\)](#).

¹⁹Para TIRADO SUÁREZ, *Comentarios a la nueva ley de mediación en seguros privados*, Madrid, 1992, pp. 145, el motivo de esta interdicción no es otro que el de tratar de evitar los conflictos de intereses a los asegurados y a los aseguradores, optando por el principio de especialización de los agentes, de conformidad con la responsabilidad que asume cada asegurador. De este autor su excepcional obra TIRADO SUÁREZ, *Ley de Mediación de seguros y Reaseguros. Comentarios a la Ley 26/2006, de 17 de julio (RCL 2006, 1437 [RCL\2006\1437])*, de mediación de seguros, Cizur Menor, 2007.

²⁰La Corte de Casación italiana en sentencia de 28 de junio de 2016, n. 13283, abordada el derecho a las comisiones que se niega al agente. Así, véase el comentario y desarrollo de esta sentencia que se lleva a cabo en *Danno e responsabilità*, 2017, n.º 1, pp. 103 y ss. bajo el título, «La chance (al Diritto alle provvigioni) negata all'agente di assicurazioni», para la Corte de Casación, p. 110, la relación contractual entre compañía aseguradora y consorcio es únicamente el presupuesto de hecho, una mera y eventual ocasión, de posibles ventajas económicas para el agente, no susceptible en cuanto tal para anclar a favor del agente –tercero extraño respecto del contrato de mutuo– un interés jurídicamente tutelable, considerando que el perjuicio (pérdida de comisiones) lamentado por el agente es reflejo y no derecho, sin que constituya un derecho de crédito: ni preexistente, ni actual, ni futuro.

Son también mediadores personas físicas o jurídicas que actúan desde la autonomía y la imparcialidad pero siempre en beneficio de las dos partes contratantes, aseguradora y tomador, por lo que no mantienen vinculación con ninguna entidad aseguradora determinada. Llamativa la Sentencia del Supremo de 4 de septiembre de 2008, en la que un corredor aparece frente al tomador como agente de seguro. La firma de un corredor de seguros dada su naturaleza de intermediación, no comporta representación de la aseguradora ni compromete su consentimiento. No obstante, la doctrina jurisprudencial evidencia que el tomador no viene obligado a conocer la relación contractual que pudiera mediar entre el que se atribuye la condición de agente de la aseguradora y esta misma entidad y se presume la buena fe de aquél en la suscripción de la propuesta de seguro entendido en modelo de la compañía demandada.

Su nota básica es la libertad de vínculos respecto a la aseguradora, por lo que su función primordial es la de ofrecer un asesoramiento independiente, profesional e imparcial, en base a su independencia, a todos aquellos que demanden la cobertura de unos determinados riesgos a que se encuentren expuestos sus bienes, patrimonios, o sus propias personas. La clave radica en definir qué se entiende por asesoramiento independiente, profesional e imparcial el realizado conforme a la obligación de llevar a cabo un análisis objetivo.

Sobre la retribución de los corredores y el genérico pero ambiguamente deliberado artículo 29 de la aún vigente ley 26/2006 y esa permisividad más que aparente de distintas retribuciones, bien por comisiones, parte de prima, bien por honorarios directamente pagados por asesoramiento por el asegurado, establece el apartado 2 del art. 29 “la retribución que perciba el corredor de seguros de la entidad aseguradora por su actividad de mediación de seguros descrita en el artículo 2.1 de esta ley, revestirá la forma de comisiones. El corredor y el cliente podrán acordar por escrito que la retribución del corredor incluya honorarios profesionales que se facturen directamente al cliente, expidiendo en este caso una factura independiente por dichos honorarios de forma separada al recibo de prima emitido por la entidad aseguradora. Si, además de los honorarios, parte de la retribución del corredor se satisface con ocasión del pago de la prima a la entidad aseguradora, deberá indicarse, sólo en este caso, en el recibo de prima el importe de la misma y el nombre del corredor a quien corresponda. El corredor de seguros no podrá percibir de las entidades aseguradoras cualquier rebución distinta a las comisiones”²¹.

Señala el Tribunal Supremo en sentencia de 3 de enero de 2011, en el que se resuelve un contrato de mediación de seguro por incumplimiento del corredor de las instrucciones de la aseguradora por inexactitud de información dada a los tomadores en seguros *unit linked*. El corredor, o mejor dicho, la correduría, interpuso demanda frente a la aseguradora para que declarara injustificada la resolución unilateral del contrato de mediación, así como la obligación de la demandada a resarcir cuantos daños y perjuicios, incluidos los morales, que se le habían causado por dicha causa. Además del pago por las comisiones y subcomisiones pactadas y no liquidadas correspondientes.

El Tribunal se pronunció arguyendo, que nos encontramos con una modalidad de seguro de vida que se diferencia del seguro tradicional en que es el propio tomador quien asume el riesgo de su inversión al escoger los activos. Las características de este seguro

²¹Crítico con esta práctica soterrada y manifiesta, y que será desterrada con la trasposición de la Directiva de 2016, se muestra y con fundamento, PÉREZ GARRIGUES, “La retribución del corredor de seguros en la del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de enero de 2016”, *Un derecho del seguro más social y transparente*, [BATALLER/PEÑAS (Dir.)], Cizur Menor, 2017, pp. 393 y ss.

repercuten en el contenido obligacional que surge entre la aseguradora y los tomadores y entre la correduría y los clientes. La aseguradora deberá facilitar información periódica sobre la situación actual del saldo de cada póliza.

El corredor facilitará toda la información precisa para que los tomadores conozcan adecuadamente los elementos esenciales y las características de las pólizas *unit linked*. La cuestión del litigio es si la nueva comunicación impuesta por la aseguradora era una novación modificativa del contrato que exigiera el previo consentimiento de los tomadores. La Sala estima que la resolución del contrato de mediación por la aseguradora por incumplimiento grave es ajustada a Derecho. La Circular de 19 de julio de 2001 que exige la firma del tomador para las órdenes de traspaso no supone ninguna novación del contrato de seguro ni la sentencia vulnera la doctrina de los actos propios, pues si bien es cierto que la compañía de seguros admitió durante un período considerable las órdenes de traspaso dadas personalmente por la correduría demandante, no lo es menos que la doctrina de los actos propios no puede impedir que una parte contratante modifique la ejecución del contrato para acomodarlas a la ley, al contenido del propio contrato y, sobre todo, a la mayor protección de sus asegurados, por lo que todos los motivos han de ser desestimados.

El asesoramiento con arreglo a la obligación de llevar a cabo un análisis objetivo a que están obligados los corredores de seguros se facilitará sobre la base del análisis de un número suficiente de contratos de seguro ofrecidos en el mercado en los riesgos objeto de cobertura de modo que pueda formular una recomendación, ateniéndose a criterios profesionales, respecto del contrato de seguro que sería adecuado a las necesidades del cliente²². En todo caso, se presumirá que ha existido análisis objetivo de un número

²²«Los consumidores deben disponer de antemano de información clara sobre la condición en que actúan las personas que venden el producto de seguro. **Cabe considerar la posibilidad de** establecer que los intermediarios y las empresas de seguros europeos estén obligados a informar sobre dicha condición. Esta información ha de facilitarse al consumidor en la fase precontractual. Esta información ha de facilitarse al consumidor en la fase precontractual. A fin de mitigar los conflictos de intereses entre el vendedor y el comprador de un producto de seguro, es necesario garantizar información suficiente sobre la remuneración de los distribuidores de seguros. El intermediario y los empleados del intermediario de seguros o la empresa de seguros deben estar obligados a informar al cliente sobre **el tipo y origen de** su remuneración antes de la venta, **cuando este así lo solicite, y de forma gratuita**. Al objeto de que el cliente disponga de información comparable sobre los servicios de mediación de seguros prestados, ya efectúe su compra a través de un intermediario o directamente a una empresa de seguros, y de evitar el falseamiento de la competencia al incitar a las empresas de seguros a vender directamente a los clientes, en lugar de a través de intermediarios, para sortear las obligaciones de información, dichas empresas deben también estar obligadas a facilitar a los clientes con quienes traten directamente para la prestación de servicios de mediación información sobre la remuneración que reciben por la venta de productos de seguro».

Y es que, la normativa comunitaria es consciente de que los consumidores dependen cada vez más de **recomendaciones** personales, por lo que resulta oportuno incluir una definición de asesoramiento. La calidad del *asesoramiento es crucial y todo asesoramiento debe reflejar las características personales del cliente*. Antes de asesorar al cliente, el intermediario de seguros o la empresa de seguros deben analizar las necesidades y las expectativas del cliente, así como su situación financiera. Si el intermediario afirma facilitar asesoramiento sobre los productos de un amplio número de empresas de seguros, debe efectuar un análisis objetivo y amplio de un número suficientemente elevado de los productos de seguro disponibles en el mercado. Todos los intermediarios de seguros y empresas de seguros deben explicar, además, las razones en que se basa su asesoramiento y *recomendar productos de seguro adecuados con arreglo a las preferencias, necesidades, situación financiera y circunstancias personales del cliente*.

Señalaba ya el artículo 16 de la Propuesta de Directiva de Mediación de seguros de 2012 las obligaciones de información que deberá proporcionar el intermediario de seguros o la empresa de seguros:

«Los Estados miembros establecerán disposiciones dirigidas a garantizar que:

a) Antes de la celebración de un contrato de seguro, o si se ha producido un cambio material en los datos a la hora de comunicarlos a los clientes en relación con el intermediario tras la celebración de un contrato de seguro, los intermediarios de seguros –incluidos los intermediarios ligados– proporcionen a los clientes la información siguiente:

- i) su identidad y dirección, así como su condición de intermediario de seguros;
- ii) si ofrecen algún tipo de asesoramiento en relación con los productos de seguro vendidos;

iii) los procedimientos contemplados en el artículo 12, que permitan a los consumidores y otras partes interesadas presentar quejas sobre los intermediarios de seguros y de reaseguros y sobre los procedimientos de resolución extrajudiciales, contemplados en el artículo 13;

suficiente de contratos de seguro en cualquiera de los siguientes casos: a) Cuando se hayan analizado por el corredor de seguros de modo generalizado contratos de seguro ofrecidos por al menos tres entidades aseguradoras que operen en el mercado en los riesgos objeto de cobertura. b) Cuando se haya diseñado específicamente el seguro por el corredor de seguros y negociado su contratación con, al menos, tres entidades aseguradoras que operen en el mercado en los riesgos objeto de cobertura para ofrecerlo en exclusiva a su cliente en función de las características o necesidades generales de este, fundado en el criterio profesional del corredor de seguros. En los Considerandos de la Directiva sobre Distribución se arguye en los ordinales 33 y siguientes como:

Respecto de los intermediarios de seguros y de las empresas de seguros que vendan productos de inversión basados en seguros a clientes minoristas o les asesoren sobre ellos, los Estados miembros deben garantizar que posean un nivel adecuado de conocimientos y competencia con respecto a los productos ofrecidos. Tales conocimientos y competencia son particularmente importantes dada la creciente complejidad y la innovación constante en el diseño de productos de inversión basados en seguros. La adquisición de un producto de inversión basado en seguros conlleva un riesgo y los inversores deben poder confiar en la información y en la calidad de las evaluaciones que se les facilitan. Por otra parte, los empleados deben contar con el tiempo y los recursos adecuados para poder proporcionar a los clientes toda la información pertinente sobre los productos que suministran.

Las actividades de agente y corredor son, en suma y por cuanto antecede, incompatibles entre sí.

Entre nuestra jurisprudencia aunque referida fundamentalmente a la Ley de Mediación de 1992, dada la escasa vigencia –al menos hasta ese momento y de cara a los primeros pronunciamientos jurisprudenciales–, transcurrida desde la promulgación de la legislación de 17 de junio de 2006, destaca de cara a establecer con nitidez la línea divisoria entre agentes y mediadores, la Sentencia del Supremo de 5 de julio de 2007 (TOL 1.116.423) que reproduce distinta jurisprudencia de la Sala de lo Civil:

«En resumen, partiendo de la doctrina de esta Sala, ha de concluirse, que los Agentes son una prolongación de la compañía aseguradora, actúan por cuenta de ésta, y es la aseguradora quien responde frente a terceros y ante los asegurados de los actos realizados por dichos Agentes, lo cual no se produce con los Corredores de Seguros, cuya naturaleza de “Mediador Independiente de Seguros”, implica que actúen en su propio nombre y representación, y de forma independiente de las compañías aseguradoras con las que colaboran, realizando una verdadera labor de mediación, esto es, poniendo en contacto a quien quiere contratar un determinado seguro con la compañía que lo comercializa, teniendo los Corredores la obligación profesional de asesorar y facilitar las relaciones del particular con la compañía y percibiendo por ello una comisión. Así, la Sentencia de este Tribunal Supremo de fecha 22 de octubre de 1996 establece que “el corredor de seguros es un mediador de seguros privados (art. 3.º del RDLegislativo 1 de agosto de 1985) no vinculado a las compañías aseguradoras por un contrato de agencia de seguros, al modo

ii) si ofrecen algún tipo de asesoramiento en relación con los productos de seguro vendidos;
iii) los procedimientos contemplados en el artículo 12, que permitan a los consumidores y otras partes interesadas presentar quejas sobre los intermediarios de seguros y de reaseguros y sobre los procedimientos de resolución extrajudiciales, contemplados en el artículo 13;

b) Antes de la celebración de un contrato de seguro, las empresas de seguros proporcionen a los clientes la información siguiente:

i) su identidad y dirección, así como su condición de empresa de seguros;
ii) si ofrecen algún tipo de asesoramiento en relación con los productos de seguro vendidos;
iii) los procedimientos contemplados en el artículo 12, que permitan a los consumidores y otras partes interesadas presentar quejas sobre las empresas de seguros, y sobre los procedimientos de resolución extrajudiciales, contemplados en el artículo 13».

que lo está el agente de seguros (art. 15 y siguientes de ese texto legal), debiendo calificarse la relación jurídica que le liga con las entidades aseguradoras, como correctamente lo hace la sentencia de primera instancia, como contrato de mediación que, en el presente caso, es de duración indefinida y referida a operaciones futuras, contrato atípico que se regirá por los pactos voluntariamente establecidos, que no vulneren los límites que a la autonomía privada señala el [artículo 1255](#) [LEG\1889\27#A.1255] del Código Civil, y por las normas generales de las obligaciones y contratos”; o la Sentencia de esta misma Sala de fecha 13 de marzo de 1999, que establece que “hay que hacer constar, como pone de relieve la sentencia de esta Sala, de 22 de octubre de 1996, que mientras el Agente de Seguros está vinculado a la Compañía por la relación contractual acordada (artículo 15 y siguientes del Real Decreto de 1 de agosto de 1985), el Corredor es mediador en los Seguros privados (artículo 3 del texto legal), y su relación con las aseguradoras es la propia de la del contrato mercantil de mediación, con lo cual, aunque la recurrente hubiera accedido a la categoría de Corredor, no podía imponer, como pretende, que el contrato continuase con esa condición o se celebrara uno nuevo, por no estar previsto en el pacto que relaciona a las partes y su operatividad sólo podía proceder si hubiera tenido lugar acuerdo novatorio de voluntades”».

En el mismo sentido, la Sentencia de esta Sala de fecha de 7 de febrero de 2007, señala que «... la Ley 9/1992, de 30 de abril, de Mediación en Seguros Privados, aplicable al caso, y recientemente sustituida por la Ley 26/2006, de 17 de julio, de mediación de seguros y reaseguros privados, la cual, en cualquier caso, no viene sino a reforzar la independencia de los corredores respecto de las compañías de seguros establecida por la ley de 1992 como rasgo diferenciador de los corredores respecto de los agentes, como por demás ya declaró esta Sala en su sentencia de 10 de febrero de 1999», resaltando, en toda su argumentación, la independencia profesional del Corredor de Seguros en contraposición al Agente de Seguros, según se desprende, según la referida sentencia, tanto de la Exposición de Motivos de la Ley de Mediación de Seguros Privados, como de su articulado. Ha de concluirse, por tanto, que la verdadera diferencia entre el Agente de Seguros y el Corredor de Seguros es la independencia de éste frente a la compañía aseguradora, por contraposición a la relación de subordinación de aquél respecto de la sociedad aseguradora para la cual presta sus servicios.

También la jurisprudencia se ha ocupado del rol que cumple el corredor de seguros en el iter contractual y el momento perfectivo. ¿Qué grado de influencia tiene o no, cómo condiciona la actitud no sólo colaborativa sino efectiva del solicitante, de las entidades aseguradoras, etc.? Así, sirva como botón de muestra igualmente la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de septiembre de 2008 que recoge en suma, una clara inercia jurisprudencial reflejo sin duda de una posición en la que avala y entiende que la firma de un corredor de seguros, dada la naturaleza de su intermediación, no comporta representación de la aseguradora ni compromete su consentimiento. Sin embargo, es también doctrina jurisprudencial que el tomador no viene obligado a conocer la relación contractual que pudiera mediar entre el que se atribuye la condición de agente de la aseguradora y esta misma entidad y se presume la buena fe de aquél en la suscripción de la propuesta de seguro extendido en modelo de la compañía demandada.

Por ello, debe considerarse válida la proposición formulada en un documento, como ocurre en el caso examinado, en el que puede afirmarse, a tenor de las apariencias, que legítimamente emana de la aseguradora. En él se concretan todos los aspectos relativos al ámbito objetivo y temporal de la cobertura; se fija un período anual desde el 12 de diciembre de 1995 al 12 de diciembre de 1996; se expresan de manera completa los datos de identificación del tomador del seguro; se precisan los capitales asegurados, se consigna el detalle de la prima neta con repercusión de impuestos y parte correspondiente al Consorcio se redacta minuciosamente el cuestionario de declaración de riesgos; se fija

con toda exactitud la fecha de efectos y de vencimiento de la llamada «póliza» o, en otro lugar de la solicitud, «póliza nueva»; y, muy especialmente, en la cabecera del documento figura, junto con el anagrama correspondiente a la compañía del corredor de seguros, el correspondiente a la compañía aseguradora y, por otra parte, en la casilla correspondiente al «agente», se expresa el nombre del corredor sin otra precisión.

2.- Información y asesoramiento de productos de inversión basados en seguros.

Como bien reza el borrador de texto proyectado, la incorporación de la [Directiva 2016/97 \(LCEur 2016, 110 \[LCEur\2016\110\]\)](#) al ordenamiento jurídico español hacía necesario introducir importantes modificaciones en la Ley 26/2006, de 17 de julio, de mediación de seguros y reaseguros privados. Y más que enmendar y reparchar se presenta un nuevo texto legal que regulase a diferencia de la norma de 2006, no solo las condiciones de acceso y ejercicio de la actividad de mediación de seguros y reaseguros, sino también las situaciones reales en que las entidades aseguradoras distribuyen directamente sus productos de seguros. Se busca por este camino, una igualdad de trato entre los distintos operadores, evitando la disparidad en la protección de consumidores en función del canal de adquisición del producto de seguro.

El texto proyectado, al objeto de facilitar el ejercicio de la distribución de seguros, se consideraba necesario precisar en mayor medida una serie de disposiciones de la [Directiva de 2002/29/CE \(LCEur 2002, 719 \[LCEur\2002\719\]\)](#), reforzando los derechos de libertad de establecimiento y libre prestación de servicios de los intermediarios de seguros, reaseguros y seguros complementarios. A ello únase además el reforzamiento que experimentan las obligaciones de información en la distribución de seguros de vida con componente de inversión, por lo que el camino a un nuevo corpus legal solo era cuestión de tiempo.

A diferencia de la Ley de 26/2006, de 17 de julio, el proyecto de ley modifica y mejora sustancialmente estos principios. Sin duda una de las grandes novedades de la nueva normativa de distribución, fruto de la Directiva, es la ampliación legal de la dimensión subjetiva de la condición de distribuidor de seguros. Por vez primera una norma regulará la actividad de distribución de seguros y reaseguros realizada por una entidad aseguradora²³. Un reconocimiento explícito, amén de manifiesta consagración legal que implica, de suyo, una ampliación en la actividad de distribución de seguros amén de la inclusión también de los mediadores de seguros complementarios. Mas no solo se amplía el abanico legal de quiénes intermedian en el seguro sino también que se define, o trata de ofrecerse un concepto, como acaece con éstos últimos²⁴. Cuestión distinta es, si una vez más, el legislador a la hora de conceptualizar lo hace por las características y funciones que tendrán estos sujetos por la concreta actividad que realizan, renunciando en puridad a ofrecernos una auténtica definición.

²³Contrasta con la situación anterior de la norma de 2006. Véase BATALLER GRAU, «La ley ¿mediación? de seguros y reaseguros privados. Su ámbito de aplicación», *Comentarios a la ley de mediación de seguros y reaseguros privados*, [CUÑAT/BATALLER(Dirs.)], Cizur Menor, 2007, pp. 111 y ss., p. 112 donde expresamente está excluida la aseguradora del concepto de mediación si bien el art. 2.1 in fine de la Ley 26/2006 la declara expresamente sometida a esta ley en todo aquello que fuere de aplicación.

²⁴Como señala BEIGNIER/BEN HADJ, *Droit des assurances*, 3ª ed., Paris, 2018, p. 188 al analizar la norma de trasposición de la Directiva, el legislador crea, en el mismo seno de la categoría de intermediarios de seguro, un dualismo, distinguiendo los intermediarios de seguro que operan a título principal y los intermediarios que lo hacen a título accesorio.

De este modo y tanto directa como indirectamente se potencia, diversificándolo, el rol de los distribuidores²⁵. Distribución, concepto que aspira a una configuración holística y que abarca un ámbito mayor que el de intermediación o el propio de mediación, lo que no impide que éstos últimos se enmarquen bajo el paraguas global y genérico de distribución²⁶. Y es que además de aspirar a un concepto amplio y hasta cierto sentido atrapalado de distribuidor, dentro del mismo como categoría estará la dualidad mediador sustantivo o principal, esto es, las dos categorías clásicas de la mediación y la de mediador auxiliar o complementario²⁷.

La diferencia con la nueva regulación es que la mediación se amplía, desborda los diques más estrechos y cerrados hasta el presente de conocer solo la venta del seguro a través del corredor y del agente²⁸. Y se hace tratando de ofrecer una regulación más armónica, pero sobre todo homogénea para todos los actores que tienen como actividad, principal o secundaria o en su caso, como veremos, complementaria, la distribución del seguro, mitigando con ello un tratamiento divergente frente a actividades similares.

Pero no solo se amplía desde un plano subjetivo, también tiene en cuenta la dimensión objetiva en cuanto a la actividad del distribuidor, que no solo acompaña la fase pre y contractual, puramente comercial, sino también que acompaña la ejecución y desarrollo obligacional del contrato así como el siniestro, la asistencia que no gestión del siniestro.

Así, explícito el considerando quinto de la Directiva expresa: «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».

No puede negarse que tal empeño unidireccionalmente busca un fin, amén de esa igualdad de trato, cuál es, implantar una competencia leal y equitativa entre los distintos distribuidores que operen en el mercado y que operen bajo unos parámetros de idoneidad y profesionalidad que no redunden en la transparencia y el derecho a la información que

²⁵Señalan BEH/WILLIS, «Insurance intermediaries», *Conn. Ins. L. J.*, 2009-2010, vol. 15:2, pp. 571 y ss., p. 572 como los «*Intermediaries play a critical middleman role in the distribution and operations of insurance*». Vid. además el analítico estudio de SCHWARCZ, «Differential Compensation and the “race to the bottom” in consumer insurance markets», *Conn. Ins. L. J.*, 2009-2010, vol. 15:2, pp. 723 y ss., quien nos recuerda las razones por qué los asegurados o consumidores pueden optar entre agentes «*captive*» o agentes independientes. Así, p. 728 señala: «*Consumers may prefer independent agents over captive agents for other reasons as well. First, many insurers do not offer insurance directly to consumers or distribute their products through captive agents, meaning consumers who want to purchase policies from these insurers must go through an independent agent. Second, because independent agents “own” their customer lists, insurers cannot directly solicit the agent’s clients or switch those clients to a different agent. Some have argued that this ownership gives independent agents a comparatively strong incentive to serve their clients, though empirical efforts have failed to confirm this theory*».

²⁶En un sentido general y conciso a la vez definen ésta BEIGNIER/BEN HAD J, cit., p. 186 como «la distribution consiste à l’écoulement d’un produit, à sa circulation, à sa commercialisation».

²⁷Apostando por un ámbito amplio, KEETON/WIDISS/FISCHER, *Insurance Law*, 2ª ed., St. Paul, 2017, p. 67 cuando afirman como muchos tipos de transacciones entre aseguradora y asegurado son conducidas a través de intermediarios. Esta es la verdadera particularidad en el marketing del seguro. Es también una de las características de otro aspecto del negocio del seguro como es «claims adjusting».

²⁸Reconoce FONTAINE, *Droit des assurances*, 5ª ed., Bruxelles, 2016, p. 625 como aparte de la tradicional venta directa, call centers etc., de las aseguradoras, el fenómeno de la «bancaseguros» conduce a numerosos bancos a distribuir los contratos de seguro a sus clientes, como también otras empresas u organismos varios tales como «agences de voyages, des émetteurs de cartes de crédit, des grands magasins, des garagistes ou des mutualités» proponen igualmente los contratos de seguro a sus clientes o a sus adherentes. Vid., además, FAGNART, «Assurances, banques, mutualités: convergence or divergence», *Bull. Ass.*, 1995, pp. 22 y ss.

necesita el consumidor o cliente de seguros²⁹. De este modo, y como objetivo que tienen tanto la Directiva como la nueva ley de distribución se fortalece la confianza del cliente y se hace más uniforme el régimen regulador aplicable a la distribución de los productos de seguro, a fin de garantizar un nivel de protección del cliente homogéneo.

Potenciación o robustecimiento que alcanza su grado máximo al reconocerse la condición de distribuidor a quién diseña y confecciona la estructura y arquitectura del producto contractual, la propia entidad aseguradora. Y a sensu contrario, niega tal carácter de distribuidor a quienes suministran o provén información a título meramente ocasional, sin incitar a la conclusión o ejecución de un contrato de seguro o, en su caso, de reaseguro³⁰.

Como es sabido, hasta el presente, una aseguradora podía y puede distribuir directamente sus productos, ya sea a través de medios físicos o factuales (a través de trabajadores, venta por correo, venta telefónica o por que la iniciativa parte del tomador que se dirige directamente a una entidad), ya sea a través de medios virtuales, es decir, de internet y comercio electrónico. Pero no reunía sobre sí esta consideración, la de ser distribuidor de seguros³¹. De este modo participará y experimentará por sí misma un rol esencial en la formación del contrato a la hora de participar además en la contratación con terceros de sus propios productos³².

La nota característica de esta distribución directa era hasta el momento la no intervención de un mediador, la desintermediación. Una nota que viene marcada por un claro matiz de análisis económico. Ahora bien, no podemos negar que la Directiva (UE) 2016/97 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de enero de 2016 sobre la distribución de seguros va a cambiar completamente la noción y desarrollo de la actividad de distribución, *recte*, mediación, abriendo sin duda, tal conceptualización a las entidades aseguradoras y reaseguradoras, así como los estrictamente distribuidores intermediarios de seguro, con regulación incluso de los intermediarios de seguros complementarios, amén de otros partícipes³³.

²⁹En este punto, vid., SAN PEDRO/DEL FRAILE, «Principales novedades introducidas por la nueva directiva de distribución de seguros», *Actualidad Jurídica Uriá&Menéndez*, 2016, nº 43, pp. 107 y ss., p. 107.

³⁰Ya el Consejo de Estado francés en su pronunciamiento de 10 de febrero de 2014, nº 367262, JCP G 2014 había afirmado: «la mission d'assistance et de conseil à la passation de marchés publics d'assurance... n'est pas constitutive d'une activité d'intermédiation en assurances entrant dans le champ d'application de l'article L. 511-1 du Code des assurances».

³¹Así señalan KEETON/WIDISS/FISCHER, *Insurance Law*, 2ª ed., St. Paul, 2017, p. 67 como muchas aseguradoras trataban con los asegurados o consumidores a través de ventas representativas por medio de sus empleados. «Sales representatives may also be employees of separate companies that are wholly or partially owned by insurers». Los autores reconocen como sin embargo en Estados Unidos una porción muy significativa de coberturas de seguro son vendidas por empresas y sus trabajadores que son generalmente conocidos como agentes de seguro o brokers independientes.

³²Habla en este punto BEIGNIER/BEN HADJ, *Droit des assurances*, 3ª ed., cit., p. 124 de como el intermediario «détient un rôle fondamental, au seul stade de la formation du contrat, en vue de rapprocher les cocontractants».

³³Una buena tipología pero sobre todo en la comparativa de algunos países europeos, eje norte sur, y sobre todo en lo cuantitativo, nos los ofrece EMORINE/YUNG, «Distribution d'assurances: la transposition de la directive (UE) 2016/97 du 20 janvier 2016», [<https://www.senat.fr/lc/lc276/lc276.pdf>], presentada el 19 de enero de 2017 ante la Commission des Affaires européennes del Senado francés, y en la que a la hora de marcar los parámetros de la transposición de la Directiva de Distribución dibuja y desmenuza los datos y número de agentes, corredores, banca seguros etc., de ocho de los principales países de la UE, así como la comercialización de seguros y primas en función del ramo vida o no vida en estos países. Así, destaca, pp. 10 a 11, como en la estructura de las primas de seguro vida en 2014 para el caso español, el 26,4% eran gestionadas por intermediarios (agentes) y el 65,6% por la banca, siendo el resto directamente un 8%. Los tantos por cientos eran muy similares para Francia e Italia, llegando a ser distribuidos por la banca un 64% y un 78,7% respectivamente los seguros de vida. En cambio, en Alemania, el 73,5% es comercializado por intermediarios y solo un 19,8 por la banca, al igual que Reino Unido, un 70,5% frente al 22,7% por la banca. Por el contrario, en ramos de no vida, solo el 11,7% se comercializa por la banca en España, el 13 en

Así las cosas, se incluye a las entidades aseguradoras como distribuidores de seguros, se regula de manera expresa la figura del mediador de seguros complementarios y se refunden en determinados aspectos en un régimen único las figuras de agente de seguros exclusivo y agente de seguros vinculado a entidades aseguradoras, sin perjuicio de las particularidades establecidas para el operador banca-seguros.

En segundo lugar, se refuerzan los requisitos de organización y competencia profesional y las obligaciones de información y normas de conducta que deben de seguir los distribuidores de seguros. En particular, y en relación con los denominados seguros de vida con componente de inversión, se establece un régimen reforzado de protección al consumidor, estableciendo requisitos adicionales de información a suministrar al cliente por contrato de seguro.

El borrador de marzo de 2017 regula por primera vez la actividad de distribución de seguros y reaseguros realizada por las entidades aseguradoras, estableciendo que los empleados que formen parte de sus plantillas podrán promover la contratación de seguros a favor de la entidad de la que dependan, considerándose que dichos seguros son distribuidos directamente por la entidad aseguradora. Asimismo, se crea un registro interno que estará sometido al control de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, y en el que constarán inscritos los empleados que participen directamente en actividades de distribución así como la persona responsable de la actividad de distribución o las personas que forman parte del órgano de dirección responsable de la actividad de distribución, estableciéndose para ellas la obligación de estar inscritas en el Registro administrativo especial de mediadores de seguros, de corredores de reaseguros, y de altos cargos de los distribuidores de seguros y reaseguros.

De igual forma, las entidades aseguradoras están obligadas a crear una función que garantice una correcta ejecución de las políticas y procedimientos internos establecidos para monitorizar el cumplimiento de los requisitos establecidos, debiendo tener a disposición de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones el nombre de la persona responsable de dicha función.

En aras de lograr y garantizar la igualdad en la protección a los consumidores, se define la figura del mediador de seguros complementarios, entendiendo por tal todo mediador de seguros, persona física o jurídica, distinta de una entidad de crédito o de una empresa de inversión que, a cambio de una remuneración, realice una actividad de distribución de seguros con carácter complementario, siempre y cuando la actividad profesional principal de dicha persona física o jurídica sea distinta de la de distribución de seguros; sólo distribuya determinados productos de seguro que sean complementarios de un bien o servicio; y los productos de seguro en cuestión no ofrezcan cobertura de seguro de vida o de responsabilidad civil, excepto cuando tenga carácter complementario al bien o servicio suministrado.

Al respecto conviene destacar que las referencias de la ley a los mediadores de seguros se entienden hechas a los mediadores de seguros complementarios que no estén excluidos del ámbito de aplicación de la Ley, por lo que se registrarán por el mismo régimen jurídico y deberán incluirse en alguna de las categorías de mediadores que estipula la Ley.

Así las cosas, el texto de 2017 regula dos clases de mediadores de seguros nítidamente diferenciados: los agentes de seguros, como mediadores dependientes de las

Francia y, sin embargo, un 6,9% en Alemania y 7,4% en Inglaterra. Aquí la venta directa es de un 30% en España, un 9, 2 en Alemania, y un 32,7% en Reino Unido o un 35% en Francia.

entidades aseguradoras; y los corredores de seguros, como mediadores independientes que ofrecen a sus clientes asesoramiento basado en un análisis objetivo y personal.

Para los agentes de seguros, la ley prevé la posibilidad de contratar en régimen de exclusividad con la entidad aseguradora o de distribuir seguros para varias entidades aseguradoras, en los términos libremente acordados por las partes. En el caso de que exista pacto de exclusividad, la entidad aseguradora podrá autorizar al agente la celebración de otro contrato de agencia distinto con otra entidad aseguradora, en los términos acordados por las partes, y sin perjuicio de los acuerdos de cesión de redes de agentes previstos.

En relación con los operadores de banca-seguros, se configuran desde un punto normativo como agentes de seguros, si bien con ciertas particularidades relativas a cuestiones como la responsabilidad civil profesional, y destacando la obligación de formación de sus redes de distribución³⁴.

Respecto a los corredores de seguros, se mantiene con carácter general el régimen previsto para esta clase de mediadores en la legislación que se deroga. La Ley destaca la necesaria independencia de los corredores de seguros respecto de las entidades aseguradoras, principio que se concreta en la necesidad de prestar al cliente un asesoramiento objetivo y personal sobre los productos disponibles en el mercado.

Como novedad relevante, se establece la obligación para todos los mediadores de seguros de acreditar que los fondos pertenecientes a clientes son transferidos a través de cuentas completamente separadas del resto de recursos económicos del mediador. Igualmente se debe destacar la extensión de la aplicación de la normativa sobre acuerdo de cesión de redes de agentes a los supuestos de entidades aseguradoras que formen parte del mismo grupo.

La Ley regula e incluye dentro de su ámbito de aplicación a los colaboradores externos de los mediadores de seguros, siempre que realicen actividades de distribución de seguros. Los colaboradores externos realizan su actividad bajo la dirección y régimen de responsabilidad del mediador por cuenta del que actúen, destacando el requisito de poseer unos conocimientos y aptitudes apropiados mediante la superación de cursos de formación, de acuerdo con lo previsto en el anexo de la Ley y en su normativa de desarrollo.

Por lo que se refiere a las actividades en régimen de derecho de establecimiento y de libre prestación de servicios en la Unión Europea, se regula el procedimiento de notificación con carácter previo a su iniciación, tanto para los mediadores residentes o domiciliados en España, que pretendan operar en otros Estados miembros de la Unión Europea, como para los procedentes de otros Estados miembros que pretendan operar en España.

La Ley establece que la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones llevará el Registro administrativo especial de mediadores de seguros, de corredores de reaseguros y de altos cargos de los distribuidores de seguros y reaseguros, en el que deberán inscribirse, con carácter previo al inicio de sus actividades, los mediadores de seguros y reaseguros y sus altos cargos, así como la persona responsable de la actividad de distribución y las personas que formen parte del órgano de dirección de las entidades aseguradoras responsable de las actividades de distribución de seguros. En dicho Registro

³⁴ Sobre la responsabilidad civil de los distribuidores, magistral, TIRADO SUÁREZ, “La responsabilidad civil de los distribuidores de seguros y su aseguramiento”, *Dimensiones y desafíos del seguro de responsabilidad civil*, [VEIGA (Dir.)], Cizur Menor, 2021, pp. 1101 y ss.

quedarán incorporados los mediadores de seguros y de reaseguros y sus altos cargos que figurasen inscritos en el Registro administrativo especial de mediadores de seguros, corredores de reaseguros, y de sus altos cargos, a la fecha de entrada en vigor de la Ley.

El deber de información al cliente de productos de seguros se regula ampliamente en la Ley, detallándose la información general previa a proporcionar por la entidad aseguradora, la información previa que debe proporcionar el mediador de seguros, la información y asesoramiento previo a la suscripción del contrato de seguro, y el documento de información previa en el contrato de seguro distinto al seguro de vida.

Al respecto, es importante destacar las diferencias entre venta informada, entendida como aquella que se realiza conforme a las exigencias y necesidades del cliente, basándose en informaciones obtenidas del mismo, y que persigue facilitarle información objetiva y comprensible del producto de seguros para que el cliente pueda tomar una decisión fundada, y venta asesorada, entendida como aquella que toma como esencia la existencia de una recomendación personal hecha al cliente, a petición de este o a iniciativa del distribuidor de seguros, respecto de uno o más contratos de seguro.

Un aspecto importante es la obligación del distribuidor de seguros de proporcionar al cliente, antes de la celebración del contrato de seguro, información sobre la naturaleza de la remuneración recibida en relación con el contrato de seguro. Esta obligación se completa, para el caso de los mediadores de seguros, con la obligación de informar si, en relación con el contrato, trabajan a cambio de un honorario, de una comisión, de cualquier otro tipo de remuneración, incluida cualquier posible ventaja económica ofrecida u otorgada en relación con el contrato de seguro, o sobre la base de una combinación de cualquiera de los tipos de remuneración. Cuando el cliente acuerde por escrito con el mediador de seguros el abono de honorarios, éste informará al cliente del importe de dicho honorario o, cuando ello no sea posible, el método para calcularlo.

Los corredores de seguros facilitarán, como hasta ahora, asesoramiento basado en un análisis objetivo y personal, examinando un número suficiente de contratos de seguro ofrecidos en el mercado, de modo que puedan formular una recomendación personal, ateniéndose a criterios profesionales, respecto al contrato de seguro que sería adecuado a las necesidades del cliente. A estos efectos se tomarán en consideración, entre otros, factores tales como las necesidades del cliente, el número de proveedores en el mercado y su cuota de mercado y el número de productos de seguros pertinentes disponibles por parte de cada proveedor, así como las características de dichos productos.

Este tipo de mediación es conocida como la venta asesorada que puede a su vez descomponerse en dos niveles o subniveles: una venta asesora simple o no objetiva [recogida y regulada en el art. 49.2.I del PDL] y que está caracterizada a grandes rasgos por la elaboración del test de necesidades y exigencias y en las que el mediador de seguros recomienda personalmente los productos de seguros que se adaptan al perfil de necesidades del asegurado solicitante del seguro. Así el artículo reza: «Si se facilita asesoramiento antes de la celebración de un contrato determinado, el distribuidor de seguros facilitará al cliente una recomendación personalizada en la que explique por qué un producto concreto satisfará mejor las exigencias y necesidades del cliente.

Cuando un mediador de seguros informe a su cliente de que facilita asesoramiento basado en un análisis objetivo y personalizado deberá prestar ese asesoramiento sobre la base del análisis de un número suficiente de contratos de seguro ofrecidos en el mercado, de modo que pueda formular una recomendación personalizada, ateniéndose a criterios profesionales, respecto al contrato de seguro que sería adecuado a las necesidades del cliente».

De otra parte una venta asesorada analítica u objetiva [art. 49.2.II] y en la que el mediador ha de analizar, estudiar y proponer finalmente sobre la base de una potencialidad de múltiples contratos de seguro aquél que más se ajusta a las necesidades del cliente³⁵. Inequívocamente la venta asesorada analítica u objetivo requiere de la contrastación y estudio diferencial de productos, de seguros ofertados por distintos oferentes en el mercado y una profesionalidad y calidad de análisis que llevarán los corredores de seguro.

Por su parte, la venta asesorada simple será la típica que lleven a cabo los operadores de banca-seguros en los que ajustan un determinado producto, normalmente de su propia cartera del grupo financiero al que pertenecen, a las necesidades que ha esgrimido el solicitante del seguro. No parece pensable que la operativa desarrollada por la banca-seguros oferte productos de otras compañías aseguradoras a las que no están vinculadas y que nada tienen que ver con sus propios productos³⁶.

Finalmente las ventas en ejecución tal y como se regulan en el art. 55 del proyecto de ley de distribución es una venta de seguros en las que no hay asesoramiento por parte del distribuidor de seguros y en las que, además, se exime a éste de obtener la información referida al test de adecuación, si bien no al test de necesidades y exigencias. Si bien éstas últimas única y exclusivamente en aquellos supuestos en los que la actividad sea sobre seguros cuyo subyacente está expuesto a instrumentos financieros no complejos conforme a las normas de Mifid II y la propia estructura no sea tan compleja que dificulte la comprensión del riesgo para el cliente.

Pero el legislador a instancias comunitarias ha querido dar un paso más en la información y comprensibilidad de la misma en la fase precontractual, máxime cuando el producto de inversión es la base de estos seguros. Será la tipología de venta o distribución del seguro la que conlleva una mayor o menor intensificación en la información suministrada así como en la comprobación de la capacidad cognitiva y comprensiva del producto por parte del potencial cliente.

Es obvio que, en todos estos productos de inversión basados en seguro entre los que se encuentran los conocidos seguros unit-link una de las cuestiones ahora pivotaes de toda la contratación del seguro en sí mismo es discernir por parte del distribuidor qué conoce, qué solicita en su caso, qué comprende, qué necesita y qué se ajusta o no de entre la gama amplia de productos a las necesidades de inversión que el asegurado plantea y quiere. Otra cuestión es dirimir hasta qué punto y respecto de qué tipo de clientes el distribuidor ha de pronunciarse objetivamente sobre la idoneidad del producto en sí para el cliente de seguros. Surgen de este modo, de un lado y para las ventas informadas, los test de adecuación y para las ventas asesoradas, los test de idoneidad. Adecuación e idoneidad marcarán, en cierto modo, el grado de intensidad de la labor informadora, pero también analítica según los casos en la distribución de los productos de seguro.

³⁵Como bien señalan ALMARCHA/MUELAS/MIR, «Aspectos clave en la distribución del seguro de vida unit-linked», RES, 2018, n° 176, pp. 533 y ss., p. 543 la venta asesorada analítica y la simple coinciden en la existencia de una recomendación personalizada por parte del distribuidor, pero se diferencian en que la segunda no requiere del análisis objetivo de un número suficiente de contratos ofrecidos en el mercado, sino que es suficiente con que el distribuidor recomiende un producto sin tener que analizar objetivamente un número significativo de productos y sin que estos procedan del mercado en general.

³⁶Crítica con la capacidad de asesoramiento de los operadores de banca-seguros, DÍAZ LLAVONA, «Borrador de la futura ley de distribución de seguros: más allá de la mera transposición de la directiva. Algunas valoraciones jurídicas iniciales», Diario La Ley, n° 8951, 29 de marzo de 2017.

Así el test de adecuación para las ventas informada que es aquella en la que el mediador de seguros o la entidad aseguradora realicen actividades de distribución de seguros en las que no se ofrezca asesoramiento, obtendrán también en todo caso información solicitada al cliente sobre sus conocimientos y experiencia en el ámbito de inversión propio de la clase de producto. Esta información se obtendrá con el fin de que el mediador de seguros o la entidad aseguradora puedan analizar si el producto de seguro es adecuado para el cliente.

Cuando la distribución consista en un conjunto de productos combinados de acuerdo con el artículo 58, el mediador de seguros o la entidad aseguradora deberán examinar si el conjunto considerado de forma global es adecuado para el cliente.

Cuando el mediador de seguros o la entidad aseguradora consideren, basándose en la información recibida de conformidad con el párrafo primero de este apartado, que el producto no es adecuado para el cliente, el mediador de seguros o la entidad aseguradora advertirán de ello al cliente. Dicha advertencia podrá realizarse en un formato normalizado.

Cuando los clientes o clientes potenciales no faciliten la información o faciliten información insuficiente sobre sus conocimientos y experiencia, el mediador de seguros o la entidad aseguradora les advertirán de que no están en condiciones de decidir si el producto previsto es adecuado para ellos. Dicha advertencia podrá realizarse en un formato normalizado.

Por su parte cuando el mediador de seguros o la entidad aseguradora realicen actividades de distribución de seguros en las que ofrezcan asesoramiento sobre un producto de inversión basado en seguros, obtendrán también en todo caso la siguiente información sobre el cliente o cliente potencial en lo que se conoce como test de idoneidad:

- a) Conocimientos y experiencia en el ámbito de la inversión propio de la clase de producto.
- b) Situación financiera, incluida su capacidad para soportar pérdidas.
- c) Objetivos de inversión, incluida su tolerancia al riesgo. Ahora bien, lo que no dice la norma por ejemplo, es ¿cómo se mide y en base a qué parámetros esa pretendida tolerancia al riesgo?

La finalidad de esta información no es otra que la de poder recomendar, el mediador de seguros o la entidad aseguradora al cliente los productos de inversión basados en seguros que sean idóneos para él y que, en particular, mejor se ajusten a su nivel de tolerancia al riesgo y su capacidad para soportar pérdidas. Cuando el asesoramiento en materia de inversión consista en la recomendación de un conjunto de productos combinados de acuerdo con el artículo 58, el conjunto considerado de forma global debe ser idóneo para el cliente.

3.- Información, idoneidad y adecuación. Hacia la Products Oversight Governance. La distribución de productos de inversión vinculados a un seguro

Uno de los ejes cardinales de la Directiva de Distribución de 2016 es, como es conocido, la información, la transparencia. Algo que es común, por otra parte a todos los mercados financieros y que explica y se incardina en el ámbito objetivo de las Directivas

MiFID y MiFID II. Una información que se implanta desde una decidida exigencia de conocimiento. Conocimiento del producto que se comercializa, que se distribuye. Conocimiento y dosis de transparencia que se exige ante todo, de quién los diseña y crea y luego pone en el mercado³⁷. Y ello ha de plasmarse en la documentación precontractual que se ofrece al cliente, una documentación en base a la veracidad, la objetividad pero sobre todo, la precisión y la exactitud. Máxime ante este tipo de productos basados en seguros. Pero la otra cara de la moneda viene sobre el recabar información sobre el cliente, el tomador del seguro, el inversor, en definitiva. Información sobre el cliente en el que se busca la adaptación formal y material a un test de conveniencia, de adecuación y de idoneidad³⁸. Otra cuestión es saber a ciencia cierta qué finalidad tienen cada uno de estos test, y si los mismos están en la órbita cierta y objetiva de tutela y protección del inversor, facilitando datos e información al inversor sobre los productos que contrata o en la órbita de favorecer una mejor gestión y asesoramiento por parte de la entidad a sus clientes, en estos casos, de tomadores que contratan en apariencia un seguro, pero que en realidad el componente financiero inversor es el alma del producto.

Tanto la Directiva de Distribución como el todavía nonato proyecto de trasposición de la misma, inciden precisamente en estos aspectos del conocimiento mínimo. Conocimiento, información recíproca tanto sobre el producto y los riesgos asociados a su contratación, como información acerca del cliente, su perfil, su aversión o por el contrario, propensión al riesgo y, en su caso, daño. A saber, conocimiento del producto, sus condiciones y sus primas, amén de las prestaciones que se garantizan y las que quedan al margen del mismo.

Conocimiento de las ventajas y desventajas de las diferentes opciones de inversión. Conocimiento de las pólizas, un conocimiento que es adjetivado de necesario, que cubren los riesgos en el seguro de vida y otros productos de ahorro. Conocimiento de la legislación, del mercado de seguros y del mercado de productos de ahorro, conocimiento en materia de reclamación, en materia de análisis de necesidades de cliente, etc. Otra cuestión es cómo calibra, cómo medir esos mínimos de conocimientos, que son tachados sin embargo de necesarios, en lo que parecen un desiderátum ambiguo y demasiado genérico por parte del legislador³⁹.

³⁷ Claro en este punto el redactado del considerando 12º del Reglamento 1286/2014, de 26 de noviembre de 2014, que establece el marco de los documentos de datos fundamentales para estos productos de inversión. Así, el mismo señala: “**Los productores** de productos empaquetados o basados en seguros, como los gestores de fondos, las empresas de seguros, las entidades de crédito o las empresas de servicios de inversión, **deben elaborar el documento de datos fundamentales en relación con los productos empaquetados o basados en seguros que producen**, puesto que son los que mejor pueden conocer el producto. También **deben ser responsables de la exactitud de dicho documento**. El documento de datos fundamentales debe ser elaborado por el productor del producto empaquetado o basado en seguros antes de que este pueda venderse a inversores minoristas. Sin embargo, si un producto no se vende a inversores minoristas, la elaboración de un documento de datos fundamentales no debe ser obligatoria, y si al productor del producto empaquetado o basado en seguros le resulta imposible elaborar dicho documento, esta tarea debe poder delegarse en terceros. Las obligaciones establecidas en el presente Reglamento en las disposiciones sobre elaboración del documento de datos fundamentales y en las normas sobre su revisión deben aplicarse únicamente al productor del producto empaquetado o basado en seguros, y deben aplicársele mientras dicho producto se negocie en los mercados secundarios. A fin de garantizar una amplia difusión y disponibilidad de los documentos de datos fundamentales, el presente Reglamento debe disponer que el productor de un producto empaquetado o basado en seguros publique los documentos de datos fundamentales en su sitio web.”

³⁸ Como bien señala FARRANDO, “La doble obligación informativa”, cit., p. 21 el Supremo acepta pacíficamente que este trámite debe realizarse con rigor ya que estos datos son los que permitirán a la entidad formular un juicio sobre la conveniencia de la operación a la vista de los conocimientos y experiencia del solicitante y, en su caso, de que se preste un servicio de asesoramiento.

³⁹ Sobre esta retahíla descriptiva de conocimientos mínimos siguiendo la impronta de la Directiva de distribución y el proyecto español, véase BENITO OSMA, “Formación y aptitud en la distribución de seguros”, cit., pp. 511 y 512.

Igualmente lo es, qué duda cabe, la trasposición de la misma, hasta el momento infructuosa, a nuestro ordenamiento⁴⁰. Máxime en estos productos complejos y basados en seguros. De ahí, que, tal y como se regula en el artículo 25 de esta Directiva, la clave de bóveda pasa por la gestión del “gobierno del producto”. Un artículo que otorga carta de naturaleza y contenido a la supervisión del gobierno o gestión de los productos en su texto. El punto de partida no es otro que, tanto las empresas como los intermediadores deben registrarse y gestionar procedimientos específicos destinados a la preventiva aprobación y definición de los relativos contenidos del producto a la hora de su comercialización.

Y estos contenidos se centran en: de un lado, análisis del mercado de referencia, así como la propia estrategia de distribución que el intermediario lleva a cabo; de otro lado, qué tipo y cómo de medidas de verificación se van a adoptar, es decir, qué criterios de revisión y su periodicidad se adoptarán respecto de estos productos, así como el propio procedimiento revisor, en aras a obtener una mayor garantía en esa adecuación continua en el tiempo del producto a las exigencias del mercado. Saber qué productos, cómo se diseñan, cómo se gestionan, a qué mercados van o son destinatarios, con qué objetivos y con qué intereses, con qué características, a qué público van o no destinados y por qué incluso en caso negativo, entran en el núcleo de esta gestión del producto y que se basa, sobre todo, en la gestión de la información, su acceso, su análisis, su resolución nítida.

Ahora bien, más allá del mero voluntarismo, habría que interrogarse sobre cuáles y por quién son dictadas esas hipotéticas exigencias del mercado. Damos un paso más al de la concreción de las exigencias y necesidades del cliente o del asegurado inversor que veíamos en el epígrafe anterior al hilo del dictado del artículo 20 de la Directiva. Ahora son las exigencias, los objetivos de ese mercado destinatario y al cuál se dirige la inversión. Al tiempo de cuál es ese mercado objetivo o como se emplea en la jerga profesional el *target market*⁴¹.

Adviértase además, que tanto la normativa de los mercados de inversión como una ya cada vez más reiterada y no menos sólida jurisprudencia del Tribunal Supremo exige que las entidades financieras, recte, también la aseguradora, soliciten a los potenciales tomadores inversores en estos productos de “seguro” o simplemente clientes, **información adecuada y suficiente** sobre sus “conocimientos (estudios y profesión) y la experiencia (frecuencia y volumen de operaciones) del cliente” y ello con una finalidad única pero a la vez lógica, a saber, “hacerse una idea de sus competencias en materia

⁴⁰ Comentando este aspecto, afirma PEÑAS MOYANO, “Obligaciones generales de información”, *La distribución de seguros privados*, [BATALLER/QUINTÁNS (Dirs.)], Madrid, 2019, pp. 581 y ss., p. 596 como el PLDSRP exige a los distribuidores basándose en la información obtenida del cliente y en las exigencias y necesidades de este último, proporcionar información objetiva acerca del producto de seguro de forma comprensible para que el cliente pueda tomar la decisión con conocimiento de los datos precisos, en función de la complejidad del producto y del propio tipo de cliente de que se trate.

⁴¹ Señala LANDINI, “Idoneidad de las pólizas vinculadas a contratos bancarios”, cit., p. 260 como dentro de esos objetivos existen indicaciones relativas sobre qué debe entenderse por individualización del *target market* tal y como refleja la guía EIOPA. La Directriz 5 aborda ese mercado destinatario, el cuál dentro de los proceso de gobernanza y vigilancia de productos el fabricante el productor de los mismos deberá incluir medidas adecuadas para identificar el mercado destinatario del productos. Así mismo el fabricante solo diseñará y comercializará productos con características y a través de canales de distribución identificados que se ajusten a los intereses, objetivos y características del mercado destinatario. El fabricante debe tener en cuenta el nivel de información de que dispone sobre dicho mercado así como la capacidad y conocimientos financieros de cara a decidir si el productos de ajusta a los intereses, objetivos y características de un mercado. Identificará además los grupos de clientes para los que se considera que el producto no se ajusta. Sus intereses, objetivos y características.

financiera”, así, clara, en este punto, la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de marzo de 2017.

Y es que, ya desde el mismo prontuario inicial de la Directiva, el considerando primero asevera: *“La Directiva (UE) 2016/97 otorga a la Comisión poderes para adoptar actos delegados a fin de especificar más los requisitos de control y gobernanza de los productos establecidos en el artículo 25 de dicha Directiva. En aras de una eficaz protección del cliente, las normas de control y gobernanza de los productos deben aplicarse de forma coherente a todos los productos de seguro de nueva creación y a las adaptaciones significativas de los productos de seguro existentes, independientemente del tipo de producto y de los requisitos aplicables en el punto de venta. La adopción de un reglamento garantiza un marco coherente para todos los operadores del mercado y constituye la mejor garantía posible de que existan condiciones equitativas y uniformes de competencia, así como un nivel de protección del consumidor adecuado.”*

No podemos perder de vista que todo este afán tuitivo no puede llevarse a cabo si traspasamos una concreta frontera, a saber, la de la proporcionalidad, la de una proporcionalidad idónea y adecuada⁴². Medirla, anclar su anchura en unos concretos límites tampoco es una cuestión sencilla.

Pero sí ha de serlo el saber ajustarla en función del tipo y dificultad del tipo o producto de seguro o basados en seguros que se está ofertando y comercializando a un potencial asegurado o inversor. Una proporcionalidad que debe jugar un papel más o menos intenso en función de la sencillez o elementalidad frente a la complejidad real de unos y otros productos.

Aunque de poco o nada serviría toda esta proporcionalidad predicada y exigible si el intermediario en esta dosificación real y normalmente in crescendo de la información en función del cliente o perfil del inversión, se llevara a cabo si la misma no fuere pertinente, es decir, el distribuidor de seguros está obligado a facilitar al cliente la información pertinente sobre el producto de seguro de forma comprensible, de modo que el cliente pueda tomar una decisión fundada, y atendiendo a la complejidad del producto de seguro y al tipo de cliente. Pertinente, es decir información adecuada, objetivamente basada en la estructura y composición del producto financiero, de su naturaleza, de su marco jurídico, de su mercado objetivo, de su componente de riesgo y rentabilidad, etc. E información que al final, logre la idoneidad, el encaje, el casamiento o maridaje entre

⁴² Por ello, el propio dictado del considerando 6º del Reglamento 1286/2014 que instaura el documento de datos fundamentales no deja de ser un mero desiderátum por mucho tenor o carga descriptiva que el mismo contenga al tratar de definir y concretar límites y ámbitos. Así, el mismo reza: “El presente Reglamento **debe aplicarse a todos los productos**, sea cual fuere su forma o estructura, que hayan sido producidos por el sector de servicios financieros a fin de ofrecer oportunidades de inversión a los inversores minoristas, siempre que el importe reembolsable al inversor minorista esté sujeto a fluctuaciones debido a la exposición a valores de referencia o a la evolución de uno o varios activos no adquiridos directamente por el inversor minorista. **Dichos productos**, denominados productos empaquetados o **basados en seguros** a los efectos del presente Reglamento, **deben incluir, entre otros, productos de inversión como los fondos de inversión, las pólizas de seguro de vida** que tengan un **elemento de inversión**, y los productos y **depósitos estructurados**. Los instrumentos financieros emitidos por una entidad con cometido especial que se ajusten a la definición de los productos empaquetados o basados en seguros deben entrar también en el ámbito de aplicación del presente Reglamento. **En todos esos productos, las inversiones no consisten en una inversión directa que se consigue a través de la adquisición o tenencia de los propios activos**. Por el contrario, estos productos median entre el inversor minorista y los mercados a través de un proceso de «empaquetado» o vinculación de varios activos, que tiene por objeto crear exposiciones diferentes, dar a los productos características diferentes o lograr estructuras de costes diferentes en comparación con una tenencia directa. Ese «empaquetado» permite a los inversores minoristas adoptar estrategias de inversión que, de otro modo, resultarían inaccesibles o inviábiles, pero también puede requerir que se facilite información adicional, en particular para que se puedan realizar comparaciones entre distintas modalidades de «empaquetado» de inversiones.”

producto y cliente asegurado/inversor de modo que, en los casos en que además el distribuidor realiza una actividad de asesoramiento personal, el grado de información se acentúa o agrava⁴³.

En estos supuestos al existir asesoramiento sobre un producto de inversión basado en seguros, el intermediario de seguros o la empresa de seguros estarán obligados a obtener además una información adicional y necesaria sobre los conocimientos y la experiencia del cliente o cliente potencial en el ámbito de la inversión propio del tipo de producto o servicio específico, su situación financiera, incluida su capacidad para soportar pérdidas, y sus objetivos de inversión, incluida su tolerancia al riesgo, con el fin de que el intermediario de seguros o la empresa de seguros recomienden al cliente o cliente potencial los productos de inversión basados en seguros que sean idóneos para él y que, en particular, mejor se ajusten a su nivel de tolerancia al riesgo y su capacidad para soportar pérdidas.

Pero ¿qué ocurre cuando los cuestionarios o los test han sido elaborados con inexactitudes, o buscando meramente referencias informativas genéricas y parcas o celebrados en verdad después de la contratación del producto o cuando simplemente se firmaron en una suerte de barbecho nada diligente sin comprender, entender o incluso ver nada?⁴⁴ Acaso, ¿sirve de algo una idoneidad viciada dolosamente por el predisponente?

Así, es claro que cualquiera de las medidas de control y gobernanza de los productos existentes en la práctica de la intermediación y distribución de seguros habrá de decidirse y aplicarse de forma proporcionada y adecuada, según la complejidad del producto y la medida en que pueda obtenerse información públicamente disponible, atendiendo a la naturaleza del producto de seguro y al riesgo de perjuicio para el consumidor que entrañe, así como a las características del mercado destinatario y la naturaleza, escala y complejidad de la pertinente actividad del productor o distribuidor.

La proporcionalidad implica, -como bien ha reflejado la Directiva de Distribución (UE) 2016/97- que estas medidas deben ser relativamente simples en el caso de productos

⁴³ Como es sabido, el documento de datos fundamentales [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], contiene ante todo y sobre todo, información precontractual que ha de ser precisa, clara, imparcial y no engañosa, más allá de ser o no un mero desiderátum y su utilidad y eficacia última, su contenido es trazado por el legislador comunitario: 1. Denominación del productos, identidad del productor, información sobre la autoridad competente del productos y la fecha del documento. 2. La advertencia de que se trata de un producto complejo de difícil comprensión. Así, el propio considerando 1 de este Reglamento ya advierte:

“Los inversores minoristas que se plantean la posibilidad de invertir tienen ante sí una oferta cada día más variada de productos de inversión minorista empaquetados y de productos de inversión basados en seguros (en lo sucesivo, «productos empaquetados o basados en seguros»). Algunos de estos productos aportan soluciones de inversión específicas adaptadas a las necesidades de los inversores minoristas, se combinan con frecuencia con una cobertura de seguro o pueden ser complejos y difíciles de entender. La información actualmente 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. Como consecuencia de ello, los inversores minoristas han realizado a menudo inversiones sin entender los riesgos y costes que iban asociados, sufriendo en ocasiones pérdidas imprevistas”.

De otra parte, los datos fundamentales exigen también definir ante qué producto estamos, qué riesgos se corren y qué se puede o no obtener a cambio de daño riesgo, amén de plantear un escenario de rentabilidad. Se interrogan estos datos acerca de la imposibilidad de incumplimiento por parte del productor, las pérdidas, la cobertura de las mismas, los costes directos e indirectos así como los de distribución, el tiempo de mantenimiento o vinculación al producto, etc.

⁴⁴ Sobre éstos y otros interrogantes se pronuncia FARRANDO, “La doble obligación informativa de las entidades”, cit., p. 22.

elementales, carentes de complejidad, que sean compatibles con las necesidades y características del mercado minorista de masas, en particular los productos actuales de seguro distinto del de vida con un alcance limitado y de fácil comprensión. Por otro lado, en el caso de productos más complejos, con un mayor riesgo de perjuicio para el consumidor, riesgo sobre todo de pérdida de la inversión, en particular los productos de inversión basados en seguros y no contemplados en el artículo 30, apartado 3, de la Directiva, deben aplicarse medidas más rigurosas.

Y en ese control de producto y gobernanza, la clave pasa por un control del producto permanente y de continuo y no solo en su diseño o fases pre-comercializadoras. De ahí que la propia directiva exija a las empresas de seguros, así como los intermediarios que diseñen productos de seguro para su venta a clientes, la obligación de mantener, gestionar y revisar un proceso para la aprobación de cada uno de los productos de seguro o las adaptaciones significativas de los productos de seguro existentes antes de su comercialización o distribución a los clientes. El proceso de aprobación del producto será proporcionado y adecuado a la naturaleza del producto de seguro.

En este punto el artículo 25 IDD, regula que el proceso de aprobación del producto especificará un mercado destinatario definido para cada producto, garantizará la evaluación de todos los riesgos pertinentes para el mercado en cuestión y la coherencia con el mismo de la estrategia de distribución prevista, y adoptará medidas razonables para garantizar que el producto de seguro se distribuye en el mercado destinatario definido. De este modo, la entidad aseguradora entenderá los productos de seguro que ofrezca o comercialice y efectuará revisiones periódicas de ellos, teniendo en cuenta cualquier hecho que pudiera afectar sustancialmente al riesgo potencial para el mercado destinatario definido, para evaluar al menos si el producto sigue respondiendo a las necesidades del mercado destinatario definido y si la estrategia de distribución prevista sigue siendo la adecuada.

El control del producto significa además verticalidad en esa información. Compartir la información en la cadena de venta, por lo que las empresas de seguros, así como los intermediarios que diseñen productos de seguro, pondrán a disposición de los distribuidores toda la información adecuada sobre estos y sobre el proceso de aprobación del producto, incluyendo el mercado destinatario definido del mismo. Cuando un distribuidor de seguros ofrezca productos de seguro no diseñados por él, o asesore sobre estos, contará con los mecanismos adecuados para obtener la información a que alude el párrafo quinto y para comprender las características y el mercado destinatario definido de cada producto de seguro.

Uno de los fines más claros que tiene o atesora la información es el de alcanzar la idoneidad del producto y la adecuación del sujeto. ¿Cómo medimos esa adecuación del producto al perfil del cliente asegurado inversor? ¿Se debe hacer solo en base a una venta asesorada o cabe incluso en todos aquellos productos distribuidos sin asesoramiento del intermediario?⁴⁵ Productos adecuados a las necesidades y exigencias -pese a la abstracción de estos dos elementos-, pero que informan sin duda el ejercicio y desarrollo

⁴⁵ En este punto, el artículo 30.2 de la Directiva de Distribución de 2016 señala que los intermediarios de seguros o las empresas de seguros, cuando realicen actividades de distribución de seguros distintas de las referidas en el apartado 1 del presente artículo, **conexas a ventas en las que no se ofrezca asesoramiento, soliciten al cliente o cliente potencial información sobre sus conocimientos y experiencia en el ámbito de inversión propio del tipo de producto** o servicio específico ofrecido o solicitado, de modo que el intermediario de seguros o la empresa de seguros puedan analizar si el producto o servicio de seguro previsto *es adecuado para el cliente*.

de las funciones de un intermediario y que medirán, a la postre y en definitiva, el grado de diligencia, de profesionalidad y cumplimiento del intermediario, máxime si el mismo asesora y recomienda un producto con la opción más idónea y adecuada o ajustada al perfil de riesgo de un asegurado.

No en vano, y pese a la generalidad con que la norma está redactada, el artículo 20.3 IDD, dice: “Cuando un intermediario de seguros informe a su cliente de que facilita asesoramiento basado en un análisis objetivo y personal, deberá facilitar ese asesoramiento sobre la base del análisis de un número suficiente de contratos de seguro ofrecidos en el mercado de modo que pueda formular una recomendación personal, ateniéndose a criterios profesionales, respecto al contrato de seguro que sería adecuado a las necesidades del cliente”. Esa adecuación a las necesidades del cliente -y permítasenos de nuevo poner en solfa el término “necesidades” y su significante- se basa en un análisis objetivo de los productos que el mercado, aunque no se nos dice cuál ni dónde, conoce y desarrolla y que puede ajustarse al perfil del cliente.

Tampoco se adjetiva este cliente, lo que lógicamente requiere mayores dosis de diligencia y precaución cuando el cliente es neófito o ignorante en el funcionamiento, pero sobre todo, en el riesgo implícito de toda inversión en un mercado financiero máxime allí donde no está garantizada el reembolso de la inversión. Piénsese por ejemplo en esa dual póliza *unit linked*, la pura y la garantizada bien sean total o parcialmente, de modo que el asegurado cliente puede recuperar o todo o al menos una parte de la prima o primas invertidas a través del producto financiero.

¿Qué información, veraz, objetiva, en torno al riesgo mismo de la inversión, pues ya se presupone que sí se le informa de la naturaleza del producto, recibe un tomador inversor?⁴⁶ ¿es proporcionada, es comprensible, es cabal, es ajustada a su capacidad cognitiva, es suficiente, es adecuada sin que por otro lado sepamos cuáles son esos parámetros de suficiencia o de idoneidad?⁴⁷ ¿cuándo podemos decir que una información es suficiente? O proyectémosla sobre un único ámbito, el del coste del producto, el de la prima abonada. Sabe un tomador de seguro ¿qué parte de la misma se destina al riesgo especulativo y cuál al riesgo demográfico? ¿sabe ex ante si tiene derechos como asegurado tales como el rescate, la reducción, el anticipo o la propia pignoración del

⁴⁶ Como bien señala INNOCENTI, *Trasparenza e tutela del contraente-consumatore nella distribuzione di prodotti di investimento assicurativi*, Università degli studi di Perugia, 2017, (tesis doctoral) p. 7, el concepto de conocimiento efectivo de las consecuencias derivadas de la compra del producto propuesto, está aún más ligado al de adecuación, que requiere la suscripción de pólizas calibradas según las necesidades específicas y la aptitud de riesgo del contratista.

⁴⁷ Este fue el caso de la sentencia del Tribunal de Milán de 16 de abril de 2015, n° 30127, y que comenta CORRIAS, “Sulla natura assicurativa oppure finanziaria delle *polizze linked*: la riproposizione di un tema”, BBTC, 2015, n° 4, II, p. 457 y ss., en la que el suscriptor demanda tanto a la aseguradora como a la banca intermediaria, arguyendo una información inadecuada y de todos modos insuficiente para conocer el efectivo perfil de riesgo del producto ofrecido. En el caso la póliza *unit linked* ligada a valores de las cuotas de un fondo accionarial con exclusión de la garantía de restitución del íntegro premio pagado -en el caso el que el valor de las cuotas resultase inferior a la prima misma en el momento de la prestación o desembolso de la prestación, aunque con la previsión de una suerte de garantía parcial (en medida del 52% de la prima pagada), realizada bajo forma de anticipación anuales de sumas predeterminadas o predeterminables. Lo curioso es que los anticipos que el tomador, en este caso, tomadora y pensionista, recibiese, también se incluirían como prima sucesiva para a su vez reinvertirla. De este modo la inversión inicial fue una prima de 22.000 euros, una reinversión de un anticipa recibido de 11.000 euros para, al vencimiento del contrato, percibir, 4.954 euros. La demandante pide la nulidad del contrato tanto porque al no recibir información ex ante del riesgo ni del propio producto, al no tener el verdadero prospecto informativo de las condiciones del contrato, y porque entendía que se habían violado las obligaciones informativas del ámbito financiero y asegurativo.

mismo? O por poner el dedo en la llaga, ¿se le ha informado sobre un hipotético derecho al reembolso de la prima si por ejemplo, falleciese breve tiempo después de contratado el producto y aún no realizada toda la inversión financiera?⁴⁸

¿Qué entendemos y conforme a qué por suficiencia? ¿Acaso podemos decir que es suficiente una información si la misma no es pertinente por ejemplo? Supuesto claro está, que seamos capaces de deslindar esa frontera entre la pertinencia y la impertinencia de una información que confunde, que rompe la comprensibilidad y que ofusca la adopción al menos mínimamente racional de la decisión de invertir. Y, finalmente, ¿son eficientes y eficaces todas estas obligaciones activas de información por parte de una entidad aseguradora y de una entidad financiera en su caso? La obligación activa de información objetiva, pero también la información sobre el cliente y el perfil de riesgo del mismo son la clave de bóveda en todos los servicios de inversión y de seguro. ¿Hasta dónde es exigible y eficaz la regla de la auto responsabilidad “*know your customer*”, amén de uniforme o variable en función del instrumento o servicio que comercializa o presta la entidad?⁴⁹

El papel de la información es trascendente en toda relación precontractual pero también en su ejecución toda vez que el mismo se ha perfeccionado. Formal, pero sobre todo, materialmente, yendo más allá del estereotipo de un test o unas preguntas⁵⁰. Máxime en un contrato donde el riesgo es cambiante, fluctuante, no estático aunque temporalmente pudiera serlo. Medir esta contingencia no siempre es sencillo, mas actuariamente se lleva a cabo. Sin embargo esta es únicamente una de las múltiples aristas que presenta la información.

La entidad de la misma, la necesidad, la complitud, la comprensibilidad, la suficiencia en suma que lleva a las partes a buscar y adoptar, más o menos racional y eficientemente un contrato⁵¹. Saber qué necesita, qué perfil comporta quién solicita un seguro, qué productos cubren o no sus pretensiones o carencias, qué perfil de riesgo conoce y está dispuesto a asumir, qué consecuencias pondera son una cara de la moneda, la otra, el producto o contrato específico que perfecciona, los límites, las extensiones, las coberturas, las garantías, pero también las exclusiones amén del riesgo propio con el que pecha y del que se hace cargo. Información del producto, información sobre el cliente o inversor son las dos caras de una única moneda que mitigue la hoy tan famosa y recurrente “asimetría informativa” que tanto gusta blasonar a nuestros tribunales y que contrasta con el pasmoso silencio de hace solo unos años⁵². Algo que, por lo demás, es el santo y seña en los productos de inversión en los que el asegurado pecha precisamente con el riesgo

⁴⁸ Sugerente respecto de este tipo de productos financieros, sobre todo en contratos de financiación, la aportación recientísima de TINA, “Il rimborso del premio assicurativo nei contratti di finanziamento con cessione del quinto dello stipendio o della pensione (CQS) e la (in)competenza dell’Arbitro Bancario Finanziario (art. 128-bis t.u.b.)”, BBTC, 2019, nº 2, pp. 171 y ss.

⁴⁹ Califica a los intermediarios de los mercados de genuinos *gatekeepers*, LEYENS, *Informationsintermediäre des Kapitalmarkts*, Tübingen, 2017, pp. 23 y ss.

⁵⁰ Así el Supremo en la contundente sentencia de 12 de mayo de 2017 llega a afirmar: “... la realización de un test estereotipado de conveniencia e idoneidad, como un anexo meramente formal del conjunto documental de la operación resulta irrelevante a efectos de considerar acreditado el cumplimiento de los deberes de información por parte de la entidad”.

⁵¹ Clara y concisa la sentencia de 11 de diciembre de 2018 del Supremo cuando sostiene que en la información facilitada “lo determinante no es tanto que aparezca formalmente cumplido el trámite de la información, sino las condiciones en que materialmente se cumple el mismo”.

⁵² No se cansa ahora el Supremo de repetir que son las entidades las que tienen la “obligación de facilitar la información que le impone dicha normativa legal, y no son sus clientes -que no son profesionales del mercado financiero y de inversión- quienes deben averiguar las cuestiones relevantes en materia de inversión, quienes deben buscar por su cuenta asesoramiento experto y formular las correspondientes preguntas”. Entre otras sentencias del Supremo de 11 de diciembre de 2018, 22 de noviembre de 2018 o la de 13 de noviembre de 2018.

volátil y cambiante de esa misma inversión en tales instrumentos. Pues sabe éste ¿cuál es el riesgo cierto asociado a la suscripción de un producto de inversión basado en seguros?

Mas ¿se corrige en estos sesgos con una mera por muy general obligación de informar a los asegurados o potenciales asegurados de tales riesgos o limitaciones? ¿qué tipo de información objetiva y pertinente, centrada y específica se está confiriendo a los solicitantes de un seguro que puede conocer los riesgos de inversión siendo profesionales o por el contrario ser legos en tal materia? ¿acaso es suficiente, es efectiva la suministrada a través de los nuevos documentos de información previa (IPID)? Un documento normalizado como el que ahora se pretende a nivel europeo y a posteriori en la trasposición de la Directiva de distribución contiene todos los atributos esenciales y necesarios para adoptar esa decisión toda vez que la comprensibilidad del producto ¿casa con las necesidades o incluso aspiraciones inversoras de un asegurado profesional o no, mero consumidor? Concilia los intereses de ambas partes o es un mero índice suficiente o mínimo que permite sencilla aunque no profusamente conocer qué se asegura, qué no está asegurado, qué está cubierto, cuáles son las obligaciones de las partes, cómo y cuándo se debe proceder a la realización de pagos, cuándo comienza y por ende cuando termina o finaliza la cobertura, qué y cómo se puede resolver el contrato, etc. Si el documento de información (IPID) es capaz de dar respuesta a todas estas cuestiones, se logra una mayor transparencia a priori, eso sí, siempre que el alcance de las respuestas sea comprensible y directo⁵³. Amén de una redacción clara, sencilla, concreta y comprensible tanto en la materialización misma de esa información como en la forma de transmisión hacia el asegurado-inversor. Por estos derroteros ha avanzado EIOPA y el Reglamento de Ejecución 2017/1469, de la Comisión, de 11 de agosto. Reglamento que, como es sabido ha marcado las pautas de presentación objetiva de información sobre productos de seguro y que tiene eficacia o aplicación directa. La traducción a nuestro ordenamiento, de *lege ferenda*, viene por el artículo 49 del proyecto de ley de distribución de seguros.

Mas ¿qué límites tiene o ha de tener la información precontractual? ¿cómo se debe exteriorizar la misma? ¿qué fuerza en suma tiene una declaración precontractual en un contrato definitivo?⁵⁴ Obviamente no nos referimos a la estética de presentación de esa información, la cual ha de ser comprensible, legible y clara como es lógico lo que exige un diseño adecuado e idóneo⁵⁵. Ofrecer información, facilitar conocimiento, significa también reforzar la comprensión del contenido de aquello que se está contratando. Y la dirección de provisión de esa información es bidireccional, la del solicitante del seguro o potencial inversor que proveerá información sobre sus necesidades y querencias, límites de inversión y producto, a la información clave del producto o del contrato que la aseguradora / distribuidora realizará objetiva y verazmente sobre el producto, sus riesgos, la idoneidad o adecuación a los perfiles de riesgo e inversión que desea o refleja el asegurado.

Si la información que se proporciona no alcanza este último objetivo ¿quid con la voluntad con la decisión de contratar? Adviértase además que de un lado está la

⁵³ Para PEÑAS MOYANO, “Obligaciones generales de información”, cit., p. 602 el IPID es otro paso importante hacia la mejora de la confianza de los consumidores en los seguros y en el fortalecimiento de la protección al consumidor. El diseño propuesto ofrece la información clave sobre un producto de seguro de una manera clara y accesible.

⁵⁴ Advierte LANDINI, “Informativa precontrattuale e trasparenza nell’assicurazione vita”, cit., p. 235 como con referencia a la actividad de promoción del producto a los fines de su comercialización, comúnmente denominada publicidad, la misma debe considerarse libre y que esta no incide sobre la libre formación del consenso si está contenido en los límites del *dolus bonus*.

⁵⁵ Como bien señala PEÑAS MOYANO, “Obligaciones generales de información”, cit., p. 599 la finalidad “es proporcionar a los clientes información sobre el producto que sea fácil de leer, comprender y comparar, para lo cual debe utilizarse un diseño, una estructura y un formato comunes a la hora de presentar la información exigida”.

información al cliente, de otro, la que éste proporciona a la entidad⁵⁶. El fin no es otro o no puede ser que el de alimentar el estado de conocimiento y comprensión de aquello a lo que el contratante se está obligando y aquello que busca como utilidad. Pero consciente de los riesgos, de los peligros y las posibilidades también de fracaso o de pérdida de esas mismas utilidades que, en ocasiones, traspasan la frontera de una mera expectativa, en otras no.

Y, desde otra óptica o perspectiva, ¿qué ocurre y cómo debe reaccionar y actuar un intermediario o una aseguradora en su caso en aquellos casos en los que el solicitante del seguro y futuro inversor no provee esa información? El supuesto es claro, a saber, el asegurado no facilita información o lo hace parcialmente al asegurador o al intermediario que está valorando la idoneidad y adecuación del producto al perfil del asegurado cliente. Debe en estos casos el intermediario ¿abstenerse de perfeccionar o realizar el contrato en cuestión?

¿Quid en estos supuestos de falta de revelación que impidan de hecho y de derecho evaluar la idoneidad y la adecuación del cliente y producto? O acaso, ¿existe realmente una interdicción legal cierta que impida celebrar estos contratos incluso en supuestos en los que el cliente manifieste clara y deliberadamente su intención a perfeccionar su contrato aun cuando no ha manifestado ex ante cierta información necesaria para valorar los extremos que ahora las normas, siguiendo la estela tuitiva de protección del inversor que exaltaron Mifid I y II?⁵⁷

Como se ha indicado supra, no en vano uno de los mayores problemas que presenta el contrato de seguro a la hora de su perfección o conclusión es el *Informationsproblem*, en el que la capacidad de entendimiento jurídico y práctico – *Verständnisfähigkeiten* – del tomador, todavía mero solicitante del seguro, simple y claramente, cuando no, deliberadamente, es sobreestimada pero en ocasiones también ninguneada por la aseguradora⁵⁸.

Unamos ahora la enorme dificultad que algunos asegurados pueden tener en torno a estos productos y su componente financiera incapaces de discernir motu proprio la elección de una inversión más o menos arriesgada así como las posibles consecuencias, sobre todo, no tanto en ganancias cuanto en pérdidas de la elección hecha. Son estos parámetros, los que al final, priman en la decisión, es decir, elegir una inversión con más o menos riesgo dependerá de la información, algo que suelen focalizar en la perspectiva

⁵⁶ En este punto realza FARRANDO MIGUEL, “La doble obligación informativa de las entidades financieras respecto de los contratantes de swaps”, Jornadas sobre productos financieros y protección del inversor, Colegio Notarial de Cataluña, Madrid-Barcelona, 2019, pp. 9 y ss., p. 25, “solo la información al cliente conforma el núcleo básico del deber informativo de la entidad financiera al solicitante del servicio o del instrumento financiero. Y, como tal, su incumplimiento puede tener incidencia en el error vicio cuando el cliente no se hubiera formado una imagen o representación adecuada de las características del producto y sus concretos riesgos. Bajo esta perspectiva, la doctrina de la STS (pleno) 840/2013, de 20 de enero de 2014 (ECLI: ES:TS:2014:354), debe calificarse de acertada”.

⁵⁷ Interrogante similar que se plantea también LANDINI, “Idoneidad de las pólizas vinculadas a contratos bancarios”, cit., p. 259, y para quién en estos casos de carencia de información señala siguiendo la sentencia del Tribunal de Prato de 18 de mayo de 2016: “en el tema de intermediación financiera, la falta de oferta de información por parte del cliente no exime [al intermediario] del deber de entender la actitud y las necesidades de inversión del cliente, ni del de proporcionar la información pertinente para permitir al cliente llegar a efectuar conscientemente la orden de compra, dándole a conocer las características, tipos y riesgos que conlleva la inversión. El intermediario debe evaluar en cualquier caso la adecuación de la operación, llevándolo a cabo con base en los principios generales de rectitud y transparencia, teniendo en cuenta todos los datos de los que el intermediario tiene a disposición como, por ejemplo, la edad, la profesión, la presumible propensión al riesgo a la luz de las operaciones habituales, la situación del mercado”.

⁵⁸ Como bien ha señalado PRÄVE, *Versicherungsbedingungen und AGB-Gesetz*, cit., p. 2 se pretende con esta información tanto del tomador como del asegurador dar una información al asegurado consumidor de modo que con estas *Informationen is für sich genommen aber noch kein wirksamer Versicherungsnehmerschutz zu garantieren*.

de una posible pérdida o de una posible falta de rentabilidad o menor de la esperada o, según, además, las experiencias anteriores que sirvan de punto de referencia a la hora de volver a repetir la decisión de una nueva inversión⁵⁹.

La clave sin duda, no solo está en la cantidad de la información suministrada y que ha de analizar y ponderar, otra cosa es conforme a qué tablas o parámetros, el inversor, sino además en la calidad y esencialidad de esa misma información de cara a adoptar una decisión razonable. Razonable no es sin embargo algo mimético a racional. Pues ¿qué ocurre o ocurriría en el supuesto por otra parte persistente en la práctica en los mercados de inversión de la difusión de informaciones errada por parte de los emiten- te de instrumentos financieros y los daños patrimoniales que estos acaba ocasionando a los inversores en los mercados?⁶⁰

No puede negarse que ahora mismo uno de los grandes caballos de batalla que la práctica conoce es el rigor exigible a la información que debe suministrar aseguradoras, intermediarios y bancos, artífices y responsables de la comercialización de estos productos al consumidor e inversor destinatario de los mismos.

Sin desdeñar por otra parte la potencialidad de que puedan existir conflictos de interés entre los distintos intervinientes en la comercialización de estos productos, o por el contrario productos directamente en competencia entre sí. Piénsese en el abanico de instrumentos, pero también de contratos de depósito, de inversión, de preferentes que pueden ofertar algunas entidades financieras además de estos productos de seguro. ¿Canalizan toda la información atinente a los diferentes productos de igual modo, con igual intensidad y rigor los intermediarios o comercializadores de los mismos? Sin desdeñar que habrá productos que sí pueden ofertar las entidades financieras pero no las entidades aseguradoras además de los propios productos de seguro⁶¹.

Un rigor que, hasta el presente, ha tenido una dual lectura, una más flexible o laxa que la otra. Pero que está condicionada *ab initio* por la configuración y naturaleza jurídica de estos productos. Así, si los mismos son o los conceptualizamos como contratos de seguro, la disciplina normativa aplicable es la de este sector, infinitamente más laxa que la que se aplica cuando estamos ante contratos de inversión y en concreto la Ley del Mercado de Valores y normas que la desarrollan. Así las cosas, y estando como estamos ante contratos sumamente complejos, acaso ¿sería o es aceptable rebajar y tolerar una mayor permisividad en el rigor de la información que ha de destinarse al cliente que contrata estos productos comercializados por empresas del sector financiero?

Abanderada en este punto la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de enero de 2015 que tenía presente la debilidad de la normativa de seguros aplicable en el momento de sentenciar los hechos, afirma sin embargo:

⁵⁹ No cabe duda que, estos son extremos clásicos en el comportamiento del inversor, así, desde la óptica de estas elecciones, véanse los trabajos de OLSEN, “Prospect theory as an explanation of risky choice by professional investors: some evidence”, *Review of Financial Economics*, 1997, pp. 225 y ss.; o el trabajo de KAHNEMAN-TVERSKY, “The framing of decisión and psychology of choice”, *Science*, 1981, pp. 453 y ss.

⁶⁰ Clave en este punto la monografía de WICHMANN, *Haftung am Sekundärmarkt für fehlinformationsbedingte Anlegerschäden*, Tübingen, 2017, pp. 76 y ss. Para el autor alemán, el problema no se produce en el mercado primario, habida cuenta que considera que en este mercado existe un nivel de tutela suficiente por quien adquiere directamente del emisor gracias a la reglas de la responsabilidad del prospecto, pero que no sucede lo mismo en el mercado secundario, donde obtener un resarcimiento es más complejo y donde la normativa no es proclive a establecer una justa compensación a los dañado ni a desarrollar la función general preventiva que, en cambio, debería tener. Esboza el autor como medios de prueba de causalidad, la llamada *Trasaktionskausalität* tal y como la configura el BGH, y que trata de fundamentar el resarcimiento por las diferencias de cotización causadas por las informaciones falsas.

⁶¹ Sobre estos conflictos, se ha pronunciado entre otros, LANDINI, “Informativa precontrattuale e trasparenza nell’assicurazione vita”, cit., p. 240 y 241.

“... no puede aceptarse la pretensión de rebajar el nivel de exigencia en la información a facilitar al inversor por la empresa de servicios de inversión (en este caso, el banco que diseñó el producto y lo ofertó a sus clientes a través de su red de oficinas), por el procedimiento de entender que no es aplicable la normativa reguladora del mercado de valores, muy exigente en materia de información a suministrar al potencial inversor, y sí solamente la normativa sobre seguros privados, que contiene unas previsiones mucho más genéricas, como es el caso de las contenidas en el art. 60 de la Ley de Ordenación y Supervisión de Seguros Privados. Esta última normativa será aplicable en cuanto contenga determinadas regulaciones específicas propias del contrato de seguro, que se añaden a las que rigen con carácter general las obligaciones y contratos y con carácter particular los contratos de inversión”.

Pero el gran talón de Aquiles no es otro que el déficit de información facilitada⁶². Qué parámetros nos sirven para medir la suficiencia de esa información, la razonabilidad - concepto éste distinto de racionalidad y que ha superado ya el criterio mismo de la diligencia-. Nos recuerda el Tribunal Supremo en sentencia de 18 de abril de 2013:

*"la obligación de información que establece la normativa legal del mercado de valores es una **obligación activa, no de mera disponibilidad. Es la empresa de servicios de inversión la que tiene obligación de facilitar la información que le impone dicha normativa legal, no sus clientes, inversores no profesionales, quienes deben averiguar las cuestiones relevantes en materia de inversión y formular las correspondientes preguntas. Sin conocimientos expertos en el mercado de valores, el cliente no puede saber qué información concreta ha de demandar al profesional. El cliente debe poder confiar en que la entidad de servicios de inversión que le asesora no está omitiendo información sobre ninguna cuestión relevante**".*

¿Qué expectativas tiene un inversor tomador-asegurado sobre lo que está comprando, firmando, así como la rentabilidad prometida dada una prima invertida? De otro modo, hemos también de interrogarnos, ¿cuándo un tomador comprende y por tanto ya conoce el efectivo riesgo o perfil de riesgo que verdaderamente tiene un producto y que puede suponer la pérdida total o parcial de la inversión?

Como bien señala la sentencia del Tribunal de Napoli de 13 de junio de 2011:

“La disciplina di tutela del consumatore prescinde dal tipo contrattuale prescelto dalle parti e dalla natura della prestazione oggetto del contratto, e trova applicazione sia in caso di predisposizione di moduli o

⁶² Recuerda LANDINI, “Informativa precontrattuale e trasparenza nell’assicurazione vita”, cit., p. 244 cuando analizaba la obligación que el art. 49.1 establecía en 2007 la obligación para los intermediarios de entregar a los contratantes un documento en el cual estaban repilogadas las obligaciones de comportamiento de los intermediarios conforme al punto 7º del Reglamento de la Isvap, “come il mito della certezza della legge si vada sgretolando e come il principio *“ignorantia legis non excusat”* finisca per aver perso cittadinanza nel nostro ordinamento e non solo”.

*formulari in vista dell'utilizzazione per una serie indefinita di rapporti, sia di contratto singolarmente predisposto.*⁶³”

Y es que en estos productos, nunca más ni tampoco menos que en otros seguros, se exige esa cognoscibilidad objetiva, que solo es viable con una fuerte capacidad de entendimiento o un horizonte de comprensión razonable por parte del tomador asegurado⁶⁴.

Contundente sin duda la sentencia del Supremo de 12 de enero de 2015 que afirma:

" La consecuencia de lo anterior es que la información clara, correcta, precisa y suficiente sobre el producto o servicio de inversión y sus riesgos ha de ser suministrada por la empresa de servicios de inversión al potencial cliente no profesional cuando promueve u oferta el servicio o producto, con suficiente antelación respecto del momento en que se produce la emisión del consentimiento, para que este pueda formarse adecuadamente. No se cumple este requisito cuando tal información se ha omitido en la oferta o asesoramiento al cliente en relación a tal servicio o producto (y en este caso hubo asesoramiento, en tanto que la cliente recibió recomendaciones personalizadas), y sólo se facilita en el momento mismo de firma del documento contractual, inserta dentro de una reglamentación contractual que por lo general es extensa.

La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de diciembre de 2014, dictada en el asunto C-449/13 , en relación a la Directiva de Crédito al Consumo, pero con argumentos cuya razón jurídica los hace aplicable a estos supuestos, declara que las obligaciones en materia de información impuestas por la normativa con carácter precontractual, no pueden ser cumplidas debidamente en el momento de la conclusión del contrato, sino que deben serlo en tiempo oportuno, mediante la comunicación al consumidor, antes de la firma de ese contrato, de las explicaciones exigidas por la normativa aplicable " .

No cabe duda que, lo que vicia el consentimiento por error es la falta de conocimiento adecuado del producto contratado y de los concretos riesgos asociados al mismo⁶⁵; lo que determina en el cliente que lo contrata una representación mental equivocada sobre las características esenciales del objeto del contrato, debido al

⁶³ En este punto véase el comentario a la misma que realiza BENASSI, “Polizze index linked, doveri informativi precontrattuali, disposizioni a tutela del consumatore e clausole abusive”, Il Caso.it, Sez. Giurisprudenza, 6647 – pubb. 26/10/2011.

⁶⁴ Ámbitos estos, los de la cognoscibilidad objetiva y el horizonte y capacidad de comprensión de los que nos hemos ocupado en numerosos trabajos, así, VEIGA COPO, *Condiciones en el contrato de seguro*, 2ª ed., Granada, 2008; VEIGA COPO, *El seguro. Hacia una reconfiguración del contrato de seguro*, Cizur Menor, 2018 o finalmente e *in extenso*, VEIGA COPO, *Tratado de contrato de seguro*, I, 6ª ed., 2019, capítulo séptimo.

⁶⁵ A esto se aferra la demandante en la sentencia del Tribunal de Milán de 16 de abril de 2015, nº 30127, BBTC, 2015, nº 4, II, pp. 449 y ss., p. 452 “por no haber conocido las características reales del producto propuesto y comprado; esto no indica la falta total de consentimiento para comprar el producto por el cual es la causa ... sino la manifestación de un consentimiento defectuoso, como se alega supuestamente a un producto cuyas cualidades esenciales no habría entendido, es decir, el valor especulativo real ; sin embargo, tal queja no lleva a la nulidad del contrato, sino a la mayoría, donde se producen los requisitos de error esenciales y reconocibles, a la diferente anulación del contrato “ debido a vicios de consentimiento””.

incumplimiento por las empresas de inversión demandadas de los deberes de información que les impone la normativa del mercado de valores cuando contratan con clientes respecto de los que existe una asimetría informativa⁶⁶.

Ahora bien, a ¿qué se debe esa falta de conocimiento? ¿Qué rol juega la entrega de la documentación, qué calidad e intensidad de información, clara, concreta y sencilla, pero ante todo comprensible, entraña la misma, y hasta dónde ha de llegar un auténtico deber de consejo o de asesoramiento?⁶⁷ ¿Hasta dónde ha de llegar el binomio documentación versus transparencia? ¿Solamente en un plano funcional? ¿Cómo ha sido redactada esa documentación, con qué caracteres o idoneidad de caracteres, etc.? Son interrogantes que han de ser respondidos fácticamente y entregadas y explicados por los intermediarios de estos productos.

Como bien señala la STS de 12 de marzo de 2015:

“En el ámbito del mercado de valores y los productos y servicios de inversión, el incumplimiento por la empresa de inversión del deber de información al cliente no profesional, si bien no impide que en algún caso conozca la naturaleza y los riesgos del producto, y por lo tanto no haya padecido error al contratar, lleva a presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento. Por eso la ausencia de la información adecuada no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo, de acuerdo con lo declarado por esta sala en la citada sentencia num. 840/2013, de 20 de enero de 2014 y reiterado en sentencias posteriores....

En tales circunstancias, no puede aceptarse la pretensión de rebajar el nivel de exigencia en la información a facilitar al inversor por la empresa de servicios de inversión (en este caso, el banco que diseñó el producto y lo ofertó a sus clientes a través de su red de oficinas), por el procedimiento de entender que no es aplicable la normativa reguladora del mercado de valores, muy exigente en materia de información a suministrar al potencial inversor, y sí solamente la normativa sobre seguros privados, que contiene unas previsiones mucho más genéricas, como es el caso de las contenidas.”

La normativa que rige la contratación de productos y servicios de inversión impone a las empresas que operan en este mercado un estándar muy alto en el deber de

⁶⁶ Afirma la STS de 10 de septiembre de 2014: “En la contratación de productos o servicios de inversión con clientes no profesionales, no basta con el conocimiento difuso de la posible existencia de un riesgo que en principio puede suponerse al estar contratando un producto de inversión, ni siquiera la existencia de advertencias genéricas de riesgo; es precisa una información suficiente y clara, suministrada con la antelación adecuada, sobre las características del servicio o del producto, la identidad del emisor, sobre la existencia o inexistencia de garantías y, en su caso, la identidad y características del garante, y sobre el alcance preciso de los diversos riesgos asociados al producto o servicio contratado, que permita al cliente formar correctamente las presuposiciones del contrato”.

⁶⁷ Concluía ya en 2007 LANDINI, “Informativa precontrattuale e trasparenza nell’assicurazione vita”, cit., p. 246 como en algunos supuestos la documentación se convierte en un medio expresivo mínimo solicitada a los fines de absolver de la obligación de información, para los casos en que se proceda a una comunicación oral, si hubiera una violación de las obligaciones de información.

información a sus clientes, no solo a los efectivos, también a los potenciales⁶⁸. La lógica no puede ser otra que la de una homogeneidad en las reglas de transparencia en todos y para todos los operadores o participantes en el mercado, sea de seguros, sea bancario, sean bursátiles⁶⁹. Acaso hasta el momento presente, y sobre todo hasta el impulso de ciertas directivas ¿tenían los consumidores igual protección y tutela en función de quién fuere el intermediario y el producto financiero en concreto ofertado, con idénticas reglas de transparencia, información y en su caso, asesoramiento si es que en puridad éste último tenía lugar?⁷⁰

La Ley del Mercado de Valores, en la redacción anterior a la transposición de la Directiva MiFID, que es la aplicable por razones temporales, dedica el título VII a las normas de conducta que han de observar, entre otras, las empresas que presten servicios de inversión.

El art. 79 LMV establece como una de las obligaciones de las empresas de servicios de inversión, las entidades de crédito y las personas o entidades que actúen en el mercado de valores, tanto recibiendo o ejecutando órdenes como asesorando sobre inversiones en valores, la de «asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados [...]». Dicha previsión normativa desarrolla la Directiva 1993/22/CEE, de 10 de mayo, sobre servicios de inversión en el ámbito de los valores negociables, por lo que ha de interpretarse conforme a dicha directiva.

Los arts. 10 a 12 de la Directiva fijan un elevado estándar en las obligaciones de actuación de buena fe, prudencia e información por parte de las empresas de servicios de

⁶⁸ De ahí que la sentencia del Supremo de 12 de enero de 2015 insista cuando dice:

*“Cuando no existe la obligación de informar, la conducta omisiva de una de las partes en la facilitación de información a la contraria **no genera el error de la contraparte, simplemente no contribuye a remediarlo, por lo que no tiene consecuencias jurídicas** (siempre que actúe conforme a las exigencias de la buena fe, lo que excluye por ejemplo permitir, a sabiendas, que la contraparte permanezca en el error).*

Pero cuando, como ocurre en la contratación en el mercado de valores, el ordenamiento jurídico impone a una de las partes un deber de informar detallada y claramente a la contraparte sobre las presuposiciones que constituyen la causa del contrato, como es el caso de los riesgos en la contratación de productos y servicios de inversión, y le impone esa obligación con carácter previo a la celebración del contrato y con suficiente antelación, lo que implica que debe facilitar la información correcta en la promoción y oferta de sus productos y servicios y no solamente en la documentación de formalización del contrato mediante condiciones generales, para que el potencial cliente pueda adoptar una decisión inversora reflexiva y fundada (artículo 12 Directiva y 5 del anexo al [Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo \(RCL 1993, 1560 \)](#)), en tal caso, la omisión de esa información, o la facilitación de una información inexacta, incompleta, poco clara o sin la antelación suficiente, determina que el error de la contraparte haya de considerarse excusable, porque es dicha parte la que merece la protección del ordenamiento jurídico frente al incumplimiento por la contraparte de la obligación de informar de forma veraz, completa, exacta, comprensible y con la necesaria antelación que le impone el ordenamiento jurídico”.

⁶⁹ Analizando en Italia el TUF, señalaba CARLEVALE, “I prodotti finanziari assicurativi”, Ass., 2007, n° 4, pp. 651 y ss., p. 653 como el fin declarado de la reforma no era otro que el de alcanzar la homogeneidad de las reglas de transparencia en la colocación y la distribución de todos aquellos productos que, prescindiendo de la naturaleza jurídica de la actividad ejercitada por el emiteente, presentan una común actitud a aplicar como “collettori” del ahorro. No le falta razón a la autora italiana cuando aduce como el objetivo de esta intervención legal es regular una praxis ya difusa en el mercado, en razón de la que los ahorradores percibían como sucedáneos entre ellos los productos financieros *tout court*, aquellos bancarios, así como los asegurativos, sin embargo, el legislador asume que a tales circunstancias no había seguido -hasta hoy- un equivalente grado de información y/o tutela.

⁷⁰ Como botón de muestra véase la aportación de GAMBINO, “La responsabilità e le azioni privatistiche nella distribuzione dei prodotti finanziari di matrice assicurativa e bancaria”, Ass., 2007, I, pp. 194 y ss.; también CLEMENTE, “La bancassicurazioni nel codice delle assicurazioni”, Dir. econ. ass., 2007, pp. 26 y ss.

inversión respecto de sus clientes. Tras prever en su art. 11 que los Estados debían establecer normas de conducta que obligaran a las empresas de inversión, entre otras cuestiones, a «informarse de la situación financiera de sus clientes, su experiencia en materia de inversiones y sus objetivos en lo que se refiere a los servicios solicitados [...]»; a transmitir de forma adecuada la información que proceda en el marco de las negociaciones con sus clientes», establece en su art. 12: «La empresa deberá indicar a los inversores, antes de entablar con ellos relaciones de negocios, qué fondo de garantía o qué protección equivalente será aplicable, en lo que se refiere a la operación o las operaciones que se contemplen, la cobertura garantizada por uno u otro sistema, o bien que no existe fondo ni indemnización de ningún tipo. [...]»

El alcance de las obligaciones del profesional respecto del inversor es detallado en las normas reglamentarias de desarrollo de la Ley del Mercado de Valores. El Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, aplicable por razones temporales, que establecía las normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios, desarrollaba las normas de conducta que debían cumplir las empresas del mercado de valores. Resumidamente, tales empresas debían actuar en el ejercicio de sus actividades con imparcialidad y buena fe, sin anteponer los intereses propios a los de sus clientes, en beneficio de éstos y del buen funcionamiento del mercado, realizando sus operaciones con cuidado y diligencia, según las estrictas instrucciones de sus clientes, solicitando de sus clientes información sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión. Especial rigor se preveía en lo relativo a la información que las empresas debían facilitar a sus clientes (art. 5 del anexo): «1. Las entidades ofrecerán y suministrarán a sus clientes toda la información de que dispongan cuando pueda ser relevante para la adopción por ellos de decisiones de inversión y deberán dedicar a cada uno el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos y servicios más apropiados a sus objetivos [...]. 3. La información a la clientela debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación y haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo, de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata. Cualquier previsión o predicción debe estar razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos.»⁷¹

La Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 25 de octubre de 1995, que desarrollaba parcialmente el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo de 1993, establecía en su art. 9: «Las entidades deberán informar a sus clientes con la debida diligencia de todos los asuntos concernientes a sus operaciones. Dicha información deberá ser clara, concreta y de fácil comprensión para los mismos». El incumplimiento por las demandadas del

⁷¹ Como bien concluye ALFARO, “El seguro unit-linked”, en su comentario crítico a la STS de 12 de marzo de 2015, en sus conclusiones: “La segunda y más general es que este caso confirma que, como hemos explicado en otras ocasiones, hay que prohibir la comercialización de productos financieros complejos a los consumidores. Los riesgos de las inversiones deben soportarlos los bancos cargando sobre los clientes las “prima” correspondiente y “reasegurándose” en el mercado financiero. Y deben dejar de ofrecer rentabilidades muy superiores a las que ofrece un índice bursátil o la deuda más segura. Proporcionarles información no sirve de nada. La gente no quiere información, quiere buenos consejos. Los bancos, como guardianes de nuestros ahorros no pueden invertirlos en productos de riesgo. Los consumidores no deben especular con sus ahorros. Y llamarlos “seguros”, “depósitos estructurados” o de cualquier otra forma hace todavía más reprochable la conducta de las entidades financieras. Si no aprendemos ni siquiera esto de la crisis financiera, no habremos aprendido nada. Y el primero que ha de hacerlo es el legislador. Hemos sufrido un legislador más preocupado por “oír” a los bancos que por proteger a los consumidores. Y hemos sufrido unos bancos que, presionados por la competencia, han defraudado a unos clientes que confían especialmente en ellos (como no confían en su panadero o en el que les vende los pañales para sus hijos) porque sufren una enorme asimetría de información.”

estándar de información sobre las características de la inversión que ofrecían a sus clientes, y en concreto sobre las circunstancias determinantes del riesgo, determina que el error de los demandantes sea excusable. Quien ha sufrido el error merece en este caso la protección del ordenamiento jurídico puesto que confió en la información que le suministraba quien estaba legalmente obligado a un grado muy elevado de exactitud, veracidad y defensa de los intereses de su clientela en el suministro de información sobre los productos de inversión cuya contratación ofertaba y asesoraba.