

MARÍA JOSÉ MORILLAS JARILLO  
Catedrática de Derecho Mercantil  
Universidad Carlos III de Madrid

LA INFORMACIÓN PREVIA EN LA  
CONTRATACIÓN DE LOS SEGUROS  
DE PERSONAS: TRANSPARENCIA,  
CUESTIONARIOS Y MODELOS  
PREDICTIVOS

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO  
2016

# ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
<b>ABREVIATURAS</b> .....	9
<b>CAPÍTULO 1. SENTIDO Y SENTIDOS DE LA INFORMACIÓN. LA TRANSPARENCIA</b> .....	11
<b>CAPÍTULO 2. LA INFORMACIÓN DEL ASEGURADOR PREVIA A LA CONTRATACIÓN DE LOS SEGUROS DE PERSONAS</b> .....	15
1. ÁMBITO SUBJETIVO: ASEGURADORES Y MEDIADORES DE SEGUROS.....	16
2. ASPECTOS COMUNES .....	21
3. INFORMACIÓN ESPECÍFICA .....	22
3.1. La información previa a la contratación de seguros de vida. El caso particular de los seguros <i>unit linked</i> .....	22
3.2. La información previa a la contratación de seguros de decesos y de enfermedad .....	34
3.3. La información previa a la contratación de seguros colectivos o de grupo .....	36

	Pág.
<b>CAPÍTULO 3. LA INFORMACIÓN AL ASEGURADOR: EL DEBER DE DECLARACIÓN DEL RIESGO .....</b>	37
1. LA CONTRATACIÓN DE LOS SEGUROS DE PERSONAS Y LAS BASES DE LA ACTIVIDAD ASEGURADORA .....	37
2. LA DELIMITACIÓN DEL RIESGO: EL DEBER DE DECLARACIÓN EN LAS LEYES Y EN LA PRÁCTICA.....	39
3. EL DEBER DE DECLARACIÓN PRECONTRACTUAL. ALGUNAS CUESTIONES SOBRE EL CUESTIONARIO Y LA RESPUESTA JUDICIAL.....	53
3.1. ¿El cuestionario debe revestir alguna forma determinada?.....	55
3.2. ¿Es contrario al derecho a la intimidad incluir ciertas preguntas en los cuestionarios?.....	60
3.3. ¿Existe el deber de declaración al margen o más allá del cuestionario? .....	64
3.3.1. Ausencia de cuestionario.....	64
3.3.2. Cuestionarios defectuosos.....	69
3.4. ¿Y si las respuestas al cuestionario se contradicen con la realidad y la aseguradora es conocedora de dicha realidad?.....	79
3.5. ¿Si el cuestionario lo ha cumplimentado el tomador o un tercero, puede el asegurado sufrir las consecuencias de las reservas o falsedades?.....	83
3.6. ¿Qué ocurre si no se responde a ciertas preguntas o se contesta afirmativamente tener determinados padecimientos y la aseguradora, ello no obstante, contrata?.....	91
3.7. ¿Si el asegurado no era consciente de estar enfermo o si ha conocido la enfermedad después de contratar el seguro y contestó de forma negativa en el cuestionario, queda liberado el asegurador? .....	93
3.8. ¿Es relevante o es indiferente la relación entre el dato no comunicado y el siniestro?.....	98
4. EL DEBER DE DECLARACIÓN DEL RIESGO FRENTE A LA LEGISLACIÓN DE PROTECCIÓN DE DATOS.....	104
4.1. La necesidad de consentimiento .....	104
4.2. Datos de salud suministrados por el trabajador al empresario para la contratación de un seguro colectivo o de grupo .....	107

	Pág.
5. LAS CRÍTICAS AL CUESTIONARIO. EL RÉGIMEN DEL DEBER DE DECLARACIÓN EN OTROS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS.....	108
6. EL DEBER DE COMUNICAR LA AGRAVACIÓN DEL RIESGO EN LOS SEGUROS DE PERSONAS .....	116
<b>CAPÍTULO 4. DE LOS PROBLEMAS DEL PRESENTE A LOS DESAFÍOS DEL FUTURO. CAMBIOS EN LA INFORMACIÓN Y EN LA SELECCIÓN DE RIESGOS: MODELOS PREDICTIVOS Y <i>BIG DATA</i> .....</b>	<b>131</b>
1. LOS VIEJOS Y LOS NUEVOS CRITERIOS EVALUABLES EN LOS SEGUROS DE PERSONAS Y SU ACOMODACIÓN AL DERECHO.....	131
2. LOS CAMBIOS EN LA FUENTE DE LA INFORMACIÓN, EN EL MODO DE OBTENERLA Y EN SU CONTENIDO .	137
2.1. Modelos predictivos y <i>big data</i> .....	137
2.2. Información sobre el asegurado y protección de datos...	145
2.3. Información sobre el asegurado procedente de las redes sociales.....	162
2.4. Información sobre el asegurado y secreto médico.....	170
2.5. Información compartida por las aseguradoras y Derecho de la competencia.....	179
2.6. Información sobre el asegurado y comercio electrónico	180
2.7. De los <i>big data</i> , al <i>big brother</i> .....	182
<b>CAPÍTULO 5. CONCLUSIONES.....</b>	<b>185</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>189</b>
<b>JURISPRUDENCIA.....</b>	<b>195</b>

# CAPÍTULO 1

## SENTIDO Y SENTIDOS DE LA INFORMACIÓN. LA TRANSPARENCIA

La transparencia es la característica común de los mercados y sistemas de contratación, y no solo en el ámbito del Derecho privado, sino también del Derecho público. Dicha transparencia, forzada en muchos casos por el Derecho comunitario, es necesaria en algunos de ellos (los mercados financieros) por las especiales características de los bienes que son objeto de negociación<sup>1</sup>. La importancia de estos mercados (que son también mercados de ahorro) para el sistema económico, por los flujos financieros masivos que mueven, justifica que se pueda calificar como público el interés por la existencia de un mercado financiero eficiente y, sobre todo, estable y seguro<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Para R. COSTI, «Informazione e mercato finanziario», en VVAA, *Estudios de Derecho Bancario y Bursátil. Homenaje a Evelio Verdura y Tuells*, t. I, Madrid, La Ley, 1994, pp. 592 y 593, la razón de ser de la transparencia es doble: por un lado, estriba en el carácter instrumental de estos productos, ya que quien compra o vende un producto financiero no negocia un bien dotado de utilidad final, sino que las características del bien vienen determinadas enteramente por el contrato y no por la realidad «merceológica», física, del propio bien: en consecuencia, no solo la información del contrato, sino del propio bien, es la que impone un grado de transparencia que es superfluo en los mercados de bienes cuya definición física es perceptible independientemente de las informaciones proporcionadas por el productor o el oferente del bien; y, por otro lado, en el riesgo inherente al carácter de bienes futuros que tienen los productos financieros.

<sup>2</sup> *Ibid.*, p. 593.

Este propósito de transparencia se orienta también en otra dirección, se dirige a la protección de determinados colectivos: los accionistas —en las sociedades anónimas—, los inversores —en el caso del mercado de valores—, la clientela —en el caso de las entidades de crédito—, los tomadores, asegurados, beneficiarios, y perjudicados —en el caso de las entidades de seguros—<sup>3</sup>. Sus intereses se conciben como jerárquicamente superiores al interés privado (de las personas que controlan la sociedad, o de esos empresarios concretos, proveedores de dichos bienes o prestadores de estos servicios financieros). A través de las normas que incorporan estos deberes de información, no se protegen solo los derechos de estos usuarios en cuanto tales, sino que, de nuevo, se garantiza la estabilidad, la transparencia, la eficiencia del propio mercado financiero, del propio sistema<sup>4</sup>.

Así, en los distintos mercados financieros, no solo será necesario conocer los derechos que confieren los activos, los productos financieros, sino también las condiciones de los emisores, de los prestadores de esos servicios, para calibrar lo que WEBER denominaba «la “bondad”, es decir, la solvencia futura del emisor»<sup>5</sup>. Esto se refleja con claridad en el art. 122.5 ROSSEAR, que dispone que la información previa que debe facilitar el asegurador al tomador contendrá una referencia concreta al informe sobre la situación financiera y de solvencia del asegurador que permita al tomador del seguro acceder con facilidad a esta información. Dicho informe, regulado en los arts. 80 a 82 LOSSEAR, desarrollados por los arts. 91 a 94 y las Disp. Trans. 9.<sup>a</sup> y 10.<sup>a</sup> ROSSEAR, se aprueba por el órgano de administración de la entidad aseguradora y se publica anualmente.

El *leit motiv* de la transparencia se ha positivado en las normas de ordenación del mercado asegurador (de manera clara, en los arts. 1, 16.2, 91, 93.2, 118, 119, 194 y 196 LOSSEAR y en los arts. 1, 193,

---

<sup>3</sup> E. CABALLERO SÁNCHEZ, *El consumidor de seguros: protección y defensa*, Madrid, Mapfre, 1997.

<sup>4</sup> Para COSTI, «Informazione...», *op. cit.*, p. 604, transparencia y estabilidad no son instrumentos alternativos sino complementarios, utilizados por los ordenamientos, no para alcanzar objetivos diversos, sino para lograr un único objetivo: la óptima colocación del ahorro en los sistemas económicos que atribuyen al mercado financiero un papel decisivo para su desarrollo.

<sup>5</sup> M. WEBER, *La Bolsa. Introducción al sistema bursátil* (trad. C. MADRENAS), 3.<sup>a</sup> ed., Barcelona, Ariel, 1988, p. 82.

208 ROSSEAR) pero también en el resto del Derecho de seguros (LMSRP; Real Decreto 304/2004, de 20 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de planes y fondos de pensiones; Orden ECO/3721/2003, de 23 de diciembre, por la que se aprueba el código de conducta para las mutuas de seguros y mutualidades de previsión social en materia de inversiones financieras temporales; Orden ECO/734/2004, de 11 de marzo, sobre los departamentos y servicios de atención al cliente y el defensor del cliente de las entidades financieras; y un largo etcétera).

El riesgo que pesa sobre las operaciones financieras ha tratado de ser conjurado a través de instrumentos de protección de los clientes, como los fondos de garantía y los mecanismos especiales de liquidación de los prestadores, que, en el caso de las entidades de seguros, se personifican en el Consorcio de Compensación de Seguros. Pero la seguridad que aportan no es total, ni cuantitativa ni cualitativamente.

Por esta razón, el principal mecanismo de protección se articula a través de la supervisión y el control de los prestadores y sobre la base de la información, de dos formas distintas<sup>6</sup>: por un lado, proporcionando directamente la información al titular del interés protegido; por otro, garantizando una situación de transparencia en el mercado y en sus operadores económicos a través de la propia organización de aquel y por medio también de los distintos mecanismos de control de estos. La situación de transparencia que se consigue a base de los datos que suministran los agentes de ese tráfico puede derivar en informaciones u orientaciones convenientes para el titular del interés, que queda, así, protegido de forma indirecta.

En un intento de sistematización, podemos dividir en cuatro niveles la transparencia en el mercado del seguro. En primer lugar, la transparencia de las entidades frente al órgano nacional de control (en el caso español, el Ministerio de Economía y Competitividad y la DGSFP) o a la Comisión (ejemplo de esta, los arts. 44 a 48 de la Directiva 98/29/CE, del Consejo, de 7 de mayo, relativa a la armonización de las principales disposiciones sobre el seguro de crédito a la exportación para operaciones con cobertura a medio y largo plazo)

---

<sup>6</sup> G. ALPA, «Verso una disciplina uniforme di tutela del risparmiatore nell'area dell'economia comunitaria», *Diritto del Commercio Internazionale*, julio-diciembre, 1991, pp. 319-335.

y, derivada de las normas de control, la información de las entidades al mercado<sup>7</sup> (configuran ambas el pilar III de Solvencia II)<sup>8</sup>. En segundo lugar, la transparencia entre entidades, como muestra de la cual se puede citar la práctica de las informaciones entre entidades de seguros en materia de registro de riesgos agravados, tarifas y otras materias y, de nuevo, los arts. 44 a 48 de la Directiva 98/29/CE, del Consejo, de 7 de mayo. En tercer término, la transparencia de las entidades en relación con los usuarios. Y, finalmente, la transparencia de los usuarios de los servicios hacia las entidades, grupo en el que se encuadra el deber de información precontractual y durante el curso del contrato de seguro de los arts. 10 a 12, 89 y 90 LCS. A las dos últimas se dedican las páginas que siguen. En ellas nos centramos en los seguros de personas por ser en los que, por un lado, más hincapié hace el legislador al regular los deberes de información precontractual que pesan sobre el asegurador y, por otro, por la enorme frecuencia con la que se plantean respecto a los mismos los problemas derivados de la interpretación de los citados preceptos. El enorme volumen de contratación de estos seguros de vida y accidentes (obligatorios en muchos casos), de enfermedad, de asistencia sanitaria, de dependencia o de decesos y el hecho de que, en muchas ocasiones, su celebración se ve forzada por la necesidad de contar con otro producto financiero [pensemos en los seguros de vida ligados a préstamos hipotecarios o personales, o, incluso, en los casos en los que, para asegurar una moto, se obliga a contratar un seguro de vida, pues esa es «la política de la compañía», como en el supuesto que está en la base de la SAP de Gerona (Sección 2.<sup>a</sup>) de 20 de abril de 2016 (AC 2016\1221)] hacen de los mismos un objeto de estudio preferente. Pese a no ser propiamente considerado el seguro como un bien de primera necesidad, lo cierto es que estos seguros resultan esenciales para satisfacer algunas que son verdaderamente básicas para los individuos, como la salud o la vivienda.

---

<sup>7</sup> Sobre este aspecto, M. J. PEÑAS MOYANO, «Transparencia informativa y seguro. La importancia de la información en el sector asegurador», VVAA, J. BATALLER GRAU, M. R. QUINTANS EIRAS y A. B. VEIGA COPO (dirs.), *La reforma del Derecho del Seguro*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2015, pp. 277-287.

<sup>8</sup> I. BLASCO y F. AZPEITIS, «Pilar III de Solvencia II: un esfuerzo adicional», *Actuarios*, núm. 32, primavera, 2013, pp. 26-28.