

ABEL B. VEIGA COPO

**CONTRATO DE SEGURO:
CONCEPTO, CARACTERES
Y ELEMENTO SUBJETIVO**

**TRATADO DEL CONTRATO
DE SEGURO**

© Abel B. Veiga Copo, 2026
© ARANZADI LA LEY, S.A.U.

ARANZADI LA LEY, S.A.U.

C/ Collado Mediano, 9

28231 Las Rozas (Madrid)

www.aranzadilaley.es

Atención al cliente: <https://areacliente.aranzadilaley.es/publicaciones>

Primera edición: 2026

Depósito Legal: M-5257-2026

ISBN versión impresa: 978-84-1085-677-6

ISBN versión electrónica: 978-84-1085-678-3

Diseño, Preimpresión e Impresión: ARANZADI LA LEY, S.A.U.

Printed in Spain

© ARANZADI LA LEY, S.A.U. Todos los derechos reservados. A los efectos del art. 32 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual, ARANZADI LA LEY, S.A.U., se opone expresamente a cualquier utilización del contenido de esta publicación sin su expresa autorización, lo cual incluye especialmente cualquier reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación, transmisión, envío, reutilización, publicación, tratamiento o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato de esta publicación. Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la Ley. Diríjase a **Cedro** (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

El editor y los autores no asumirán ningún tipo de responsabilidad que pueda derivarse frente a terceros como consecuencia de la utilización total o parcial de cualquier modo y en cualquier medio o formato de esta publicación (reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación pública, transformación, publicación, reutilización, etc.) que no haya sido expresa y previamente autorizada.

El editor y los autores no aceptarán responsabilidades por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación.

ARANZADI LA LEY no será responsable de las opiniones vertidas por los autores de los contenidos, así como en foros, chats, o cualesquiera otras herramientas de participación. Igualmente, ARANZADI LA LEY se exime de las posibles vulneraciones de derechos de propiedad intelectual y que sean imputables a dichos autores.

ARANZADI LA LEY queda eximida de cualquier responsabilidad por los daños y perjuicios de toda naturaleza que puedan deberse a la falta de veracidad, exactitud, exhaustividad y/o actualidad de los contenidos transmitidos, difundidos, almacenados, puestos a disposición o recibidos, obtenidos o a los que se haya accedido a través de sus PRODUCTOS. Ni tampoco por los Contenidos prestados u ofertados por terceras personas o entidades.

ARANZADI LA LEY se reserva el derecho de eliminación de aquellos contenidos que resulten inveraces, inexactos y contrarios a la ley, la moral, el orden público y las buenas costumbres.

Nota de la Editorial: El texto de las resoluciones judiciales contenido en las publicaciones y productos de ARANZADI LA LEY, S.A.U., es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (Cendoj), excepto aquellas que puntualmente nos han sido proporcionadas por parte de los gabinetes de comunicación de los órganos judiciales colegiados. El Cendoj es el único organismo legalmente facultado para la recopilación de dichas resoluciones. El tratamiento de los datos de carácter personal contenidos en dichas resoluciones es realizado directamente por el citado organismo, desde julio de 2003, con sus propios criterios en cumplimiento de la normativa vigente sobre el particular, siendo por tanto de su exclusiva responsabilidad cualquier error o incidencia en esta materia.

ÍNDICE GENERAL

	<i>Página</i>
ABREVIATURAS	15
CAPÍTULO 1	
CONTRATO DE SEGURO	27
I. Concepto de contrato de seguro	28
1. <i>Límites, contornos y función del contrato de seguro</i>	28
1.1. <i>Delimitar la función del seguro a través del concepto. Un concepto en transición. Entre lo tradicional y lo algorítmico</i>	28
1.2. <i>La función del seguro en la era digital y del big data</i>	89
2. <i>Fundamentos del contrato de seguro</i>	119
3. <i>Viejos anclajes. Del nacimiento vinculado a un solo riesgo a su universalización y democratización total</i>	126
4. <i>Seguro y desarrollo tecnológico. Hacia una reconfiguración del contrato: nuevos riesgos, nuevas técnicas</i>	127
5. <i>Seguro y sostenibilidad</i>	131
6. <i>Seguro y orden público</i>	136
7. <i>Equilibrio y proporcionalidad en el contrato de seguro</i>	151
8. <i>Fronteras y delimitaciones conceptuales</i>	165
9. <i>Seguro y daño indemnizable</i>	170
10. <i>La atipicidad de la Ley de Contrato de Seguro</i>	210
11. <i>La asimetría informativa: la distorsión entre la selección adversa y el riesgo moral</i>	215
12. <i>Contrato de seguro y análisis económico del derecho</i>	264
13. <i>Construyendo una teoría del seguro</i>	283
II. Unicidad o dualidad teórica. Una discusión estéril	286
III. Hacia una tercera categoría de seguros: daños, personas y asistenciales	307
IV. La digitalización del contrato de seguro	328

1.	<i>Introducción</i>	328
V.	Entre lo desbordante y lo enucleador. El hilazón tecnológico donde la centralidad es el dato	399
VI.	El dato y la decisión racionalizada por el prisma tecnológico	405
VII.	Un desiderátum real y posible: la transparencia algorítmica. Más allá de la eticidad	420
1.	<i>Una evolución sin fronteras cognoscibles, pero de momento solo incipiente</i>	438
2.	<i>Derecho y tecnología. Seguro y disrupción</i>	464
3.	<i>Una irrupción ignota pero expansiva</i>	487
4.	<i>La inadecuación del derecho positivo</i>	493
5.	<i>Un cambio de paradigma irreal</i>	512
6.	<i>Personalización versus desintermediación. ¿Mito o realidad? El coste de la transformación</i>	523
7.	<i>La muerte del contrato tradicional o la mera suplantación. ¿Incógnita?</i>	539
8.	<i>Smart contract y contrato de seguro. Del no contrato inteligente a una inteligente ejecución del contrato de seguro</i>	557
9.	<i>El complejo enroque de incrustar el Smart contract en la arquitectura del derecho contractual</i>	576
10.	<i>Más allá de una forma o formalidad digital. El condicionado de una póliza de seguro. El Smart contract no es una mera forma digital</i>	596
11.	<i>La necesidad de ciertos controles. ¿Puede un Smart contract activar los mecanismos de control de los condicionados?</i>	617
12.	<i>¿Tiene sentido el parámetro ad solemnitatem/ad probationem en la contratación inteligente? O ¿hasta dónde rigen las formalidades en la documentación del seguro que marca la LCS? ...</i>	643
13.	<i>La contratación inteligente ¿erradicará la interpretación contractual y presumirá el cumplimiento de hablar claro en la contratación?</i>	650
14.	<i>Los límites a la automatización. La ejecución del Smart contract. ¿Queda hueco para la disputa?</i>	668
VIII.	Smart contract y el incumplimiento	679

CAPÍTULO 2

	CARACTERES DEL CONTRATO DE SEGURO	683
I.	Introducción	683
II.	La aleatoriedad del contrato	688
1.	<i>Entre el aleas y la imposibilidad</i>	688

2.	<i>Una técnica, sin embargo, antialeatoria</i>	693
3.	<i>Aleatoriedad e incertidumbre. Test predictivos</i>	698
4.	<i>Aleatoriedad y tecnología. El uso masivo de los datos</i>	733
III.	La consensualidad	743
IV.	La bilateralidad	749
V.	La onerosidad	755
VI.	Tracto sucesivo	767
VII.	Contrato de adhesión	771
VIII.	<i>Uberrimae bonae fidei</i>	792
1.	<i>Buena fe y lealtad conductual y contractual</i>	794
2.	<i>Un continuum de buena fe: ex ante, durante y ex post</i>	801
3.	<i>Buena fe y riesgo. Más allá de una relación biunívoca</i>	824

CAPÍTULO 3

ELEMENTOS SUBJETIVOS	841	
I. Partes y elemento subjetivo del contrato de seguro	841	
1.	<i>La entidad aseguradora. Tipología, ramos, condiciones de ejercicio. Garantías financieras. Seguros cautivos</i>	843
2.	<i>Aseguradoras cautivas</i>	875
2.1.	El derecho de seguros en la Unión Europea	876
A)	Introducción	876
B)	La dimensión pública de la actividad aseguradora. La supervisión y el control	881
C)	El contrato de seguro, la dimensión privada del seguro	891
D)	El seguro y la defensa de la libre competencia	903
E)	<i>La mediación en el seguro</i>	909
F)	Marcos concursales y de reestructuración de las entidades aseguradoras	912
G)	Los principios europeos de derecho de contrato de seguro	915
a)	Introducción. Los Principios de Derecho Europeo de contrato de seguro	915
b)	Perfección y duración del contrato de seguro	925
c)	Conclusión del contrato	940
d)	Cobertura preliminar y retroactiva	958

	e) La póliza de seguro	960
	f) Duración del contrato de seguro	977
	g) El riesgo	982
	h) Disposiciones generales seguros de indemnización	1008
	3. <i>El asegurado</i>	1015
	4. <i>El dominus negotii. El Tomador del seguro. Contratación en nombre propio por cuenta propia y por cuenta ajena</i>	1018
II.	El beneficiario en el contrato de seguro de personas	1049
	1. <i>El derecho del beneficiario</i>	1065
	2. <i>El modo de la designación</i>	1086
III.	Los intermediarios en el contrato de seguro	1093
IV.	Información y asesoramiento de productos de inversión basados en seguros	1147
V.	Información, idoneidad y adecuación. Hacia la Products Oversight Governance. La distribución de productos de inversión vinculados a un seguro	1171
VI.	Deber de informar con suficiente antelación. Rescate y restitución	1196
VII.	La valoración y tramitación del siniestro. La diligencia del agente o intermediario	1205

CAPÍTULO 4

	EL CONTRATO DE SEGURO: MODALIDADES O TIPOS DE SEGURO	1209
I.	Parámetros de clasificación	1209
II.	Roles y funciones de los principios configuradores del derecho de seguros en la clasificación contractual	1233
III.	La dinamicidad negocial y la ingeniería contractual	1240
IV.	Superando la clásica <i>summa divisio</i>	1246
V.	Principales divisiones de seguros	1272
	1. <i>La dualidad seguro privado versus seguro social</i>	1273
	2. <i>Seguros privados versus públicos</i>	1273
	3. <i>Seguros obligatorios versus seguros facultativos o potestativos</i>	1273
	4. <i>Seguros de daños o contra daños versus seguros de personas</i> .	1274
	5. <i>Seguros indemnizatorios versus seguros forfetarios</i>	1274
	6. <i>Seguros terrestres versus seguros marítimos</i>	1274
	7. <i>Seguros patrimoniales versus seguros de responsabilidad</i>	1275

CAPÍTULO 5

EL CONDICIONADO EN EL CONTRATO DE SEGURO	1277
I. El condicionado en el contrato de seguro	1277
1. <i>La imprescindibilidad de las condiciones generales</i>	<i>1277</i>
2. <i>La necesidad de ciertos controles</i>	<i>1295</i>
3. <i>La actitud pasiva del tomador-asegurado</i>	<i>1305</i>
4. <i>La oportunidad real de conocer el contenido del contrato. El momento, el cómo y el tiempo de la entrega</i>	<i>1309</i>
4.1. <i>La referencia expresa al condicionado</i>	<i>1320</i>
4.2. <i>La entrega del condicionado y la referencia al mismo</i>	<i>1321</i>
4.3. <i>La aceptación del adherente</i>	<i>1326</i>
4.4. <i>La legibilidad y comprensibilidad del condicionado</i>	<i>1328</i>
5. <i>El problema de la información</i>	<i>1334</i>
6. <i>El contrato de seguro y la función de los condicionados. Realidad y trascendencia</i>	<i>1343</i>
II. La naturaleza jurídica del llamado contrato de adhesión y la confusión terminológica que se suscita	1353
1. <i>La tenue diferencia entre contratos de adhesión y condiciones generales de la contratación</i>	<i>1360</i>
III. La noción legal de consumidor del asegurado	1365
IV. Clases o tipología de condiciones	1379
1. <i>Las condiciones generales</i>	<i>1380</i>
2. <i>Las condiciones particulares</i>	<i>1384</i>
BIBLIOGRAFÍA.....	1389

CAPÍTULO 1

CONTRATO DE SEGURO

SUMARIO: I. CONCEPTO DE CONTRATO DE SEGURO. 1. *Límites, contornos y función del contrato de seguro*. 1.1. Delimitar la función del seguro a través del concepto. Un concepto en transición. Entre lo tradicional y lo algorítmico. 1.2. La función del seguro en la era digital y del big data. 2. *Fundamentos del contrato de seguro*. 3. *Viejos anclajes. Del nacimiento vinculado a un solo riesgo a su universalización y democratización total*. 4. *Seguro y desarrollo tecnológico. Hacia una reconfiguración del contrato: nuevos riesgos, nuevas técnicas*. 5. *Seguro y sostenibilidad*. 6. *Seguro y orden público*. 7. *Equilibrio y proporcionalidad en el contrato de seguro*. 8. *Fronteras y delimitaciones conceptuales*. 9. *Seguro y daño indemnizable*. 10. *La atipicidad de la Ley de Contrato de Seguro*. 11. *La asimetría informativa: la distorsión entre la selección adversa y el riesgo moral*. 12. *Contrato de seguro y análisis económico del derecho*. 13. *Construyendo una teoría del seguro*. II. UNICIDAD O DUALIDAD TEÓRICA. UNA DISCUSIÓN ESTÉRIL. III. HACIA UNA TERCERA CATEGORÍA DE SEGUROS: DAÑOS, PERSONAS Y ASISTENCIALES. IV. LA DIGITALIZACIÓN DEL CONTRATO DE SEGURO. 1. *Introducción*. V. ENTRE LO DESBORDANTE Y LO ENUCLEADOR. EL HILAZÓN TECNOLÓGICO DONDE LA CENTRALIDAD ES EL DATO. VI. EL DATO Y LA DECISIÓN RACIONALIZADA POR EL PRISMA TECNOLÓGICO. VII. UN DESIDERÁTUM REAL Y POSIBLE: LA TRANSPARENCIA ALGORÍTMICA. MÁS ALLÁ DE LA ETICIDAD. 1. *Una evolución sin fronteras cognoscibles, pero de momento solo incipiente*. 2. *Derecho y tecnología. Seguro y disrupción*. 3. *Una irrupción ignota pero expansiva*. 4. *La inadecuación del derecho positivo*. 5. *Un cambio de paradigma irreal*.

6. Personalización versus desintermediación. ¿Mito o realidad? El coste de la transformación. 7. La muerte del contrato tradicional o la mera suplantación. ¿Incógnita? 8. Smart contract y contrato de seguro. Del no contrato inteligente a una inteligente ejecución del contrato de seguro. 9. El complejo enroque de incrustar el Smart contract en la arquitectura del derecho contractual. 10. Mas allá de una forma o formalidad digital. El condicionado de una póliza de seguro. El Smart contract no es una mera forma digital. 11. La necesidad de ciertos controles. ¿Puede un Smart contract activar los mecanismos de control de los condicionados? 12. ¿Tiene sentido el parámetro *ad solemnitatem*/ *ad probationem* en la contratación inteligente? O ¿hasta dónde rigen las formalidades en la documentación del seguro que marca la LCS? 13. La contratación inteligente ¿erradicará la interpretación contractual y presumirá el cumplimiento de hablar claro en la contratación? 14. Los límites a la automatización. La ejecución del Smart contract. ¿Queda hueco para la disputa? VIII. UN DESIDERÁTUM REAL Y POSIBLE: LA TRANSPARENCIA ALGORÍTMICA. MÁS ALLÁ DE LA ETICIDAD.

I. CONCEPTO DE CONTRATO DE SEGURO

1. LÍMITES, CONTORNOS Y FUNCIÓN DEL CONTRATO DE SEGURO

«*Insurance is a contract upon speculation*»¹

1.1. Delimitar la función del seguro a través del concepto. Un concepto en transición. Entre lo tradicional y lo algorítmico

Encuadrar el contrato de seguro en nuestra dogmática y regulación, implica ir más allá de visiones miopes o con anteojeras. En efecto, el seguro, tanto como institución, como derecho especial [entre otras la Ley de Contrato de Seguro de 8 de octubre de 1980] no escapa a

1. Así se pronunciaba Lord Mansfield en el caso *Carter v Boehm* (1766) 3 Burrow 1905, señalando a continuación: «... The special facts, upon which the contingent chance is to be computed, lie most commonly in the knowledge of the insured only; the under-writer trusts to his representation, and proceeds upon confidence that he does not keep back any circumstance in his knowledge, to mislead the under-writer into a belief that the circumstance does not exist, and to induce him to estimate the risk, as if it did not exist».

ninguna de las dos hiperinflaciones del tiempo moderno, a saber, de un lado, la inflación de regulación, de textos legales y reglamentarios, que extienden precisamente ese derecho especial tanto en su continente como en su contenido a la hora de delimitar los contornos, los fundamentos, las lógicas pero, sobre todo, los productos de seguro con independencia de que estos sean voluntarios o por el contrario, obligatorios².

Mas, por otro lado, la ingente, y no siempre ingeniosa, profusión de pronunciamientos jurisprudenciales a todos los niveles que, sin duda, modelan, permean y pulen esos mismos contornos en litigio y cuestionamiento y hacen, sin duda, avanzar el derecho de seguros y con él, el contrato y su función social, jurídica y económica³. Otra cuestión, anclada sin duda en el marco teórico filosófico es anclar esa cognitividad judicial o creacionismo judicial en su verdadero plano y valor⁴. Cuando no generación de ciertas disfuncionalidades o extra-

2. Mas el dinamismo y la creatividad incesante del seguro es una realidad. Hace una década ya señalaba SCHNEIDER, «Auf der suche nach Kredit», *VersR*, 2014, pp. 1295 y ss., cómo quizás ningún ámbito del derecho de los contratos de seguros haya suscitado tanta controversia en los últimos años como el seguro de vida. Las importantes intervenciones legislativas, la más reciente en el marco de la Ley de Reforma del Seguro de Vida (LRSV), afectaron principalmente a los seguros de vida con capitalización. Los principios de reparto de beneficios y la determinación del valor de rescate están ahora regulados en detalle por ley. En cambio, los productos de riesgo menos relevantes desde el punto de vista económico, como el seguro de deuda residual, deben seguir rigiéndose por una normativa escasa que solo se modernizó cautelosamente en el marco de la reforma de la LRSV. Por consiguiente, seguirá siendo tarea primordial de los profesionales encontrar respuestas fiables a las cuestiones jurídicas actuales en un mercado en constante evolución.
3. No somos nosotros los primeros en denunciar esta inflación o hiperinflación de textos y jurisprudencia. Al contrario, no más claros pueden ser BEIGNIER/BEN HADJ YAHIA, *Droit des assurances*, 4ª ed., Paris, 2021, p. 54 cuando sostienen: «Là, comme ailleurs, le droit est marqué par une double inflation: inflation de textes (1) et inflation de la jurisprudence (2). Loin les temps où cette matière pouvait se ramener à une seule loi et à quelques grands arrêts. Le Code des assurances introduit chaque année une multitude de textes. Cette branche du droit évolue désormais à un rythme soutenu répondant à de nouveaux impératifs, de nouvelles données, économiques, politiques».
4. Imprescindible la obra de FERRAJOLI, *Contra el creacionismo judicial. Interpretación y argumentación equitativa desde el positivismo garantista*, Madrid, 2025, quien en la antesala de este ensayo se pregunta en p. 22: «¿puede la jurisdicción ser considerada, debido al amplio alcance de la discrecionalidad interpretativa, una fuente creativa del derecho? ¿Es siempre creadora de nuevo derecho o lo es solo en los casos difíciles, o no deber serlo nunca? Finalmente,

limitaciones jurisdiccionales más allá de los imperativos de la norma en cuestión⁵.

Sin desdeñar la disrupción tecnológica y la inteligencia artificial, finalmente, que abre un vasto campo y ámbito de actuación en todos los frentes y dinámicas del seguro⁶; si bien nos referiremos al final de este capítulo con profusión a los mismos⁷. Mas la digitalización empleando en este momento un término global o multiabarcante del mismo, no se detiene meramente en el sistema de contratos, su

¿qué cosa debe entenderse por “creatividad de la jurisdicción” y cuáles son las implicaciones de esta pregunta en los principios de legalidad, de la separación de poderes y de la sujeción de los jueces a las leyes?».

5. Si posamos nuestra mirada crítica, y máxime en un ordenamiento en el que el caso y la jurisprudencia marcan el paso, sin duda, el derecho inglés es proverbial. Sentencias como *Sky UK Ltd v Riverstone Managing Agency Ltd* [2024] EWCA Civ 1567, sobre la recuperabilidad de pérdidas después del período de la póliza y la aplicabilidad del principio del «death blow» a las pólizas no marítimas. O el caso *Scotland Gas Networks Plc v QBE UK Ltd* 2025 SC 38, sentencia del Inner House (Tribunal de Sesiones) que aborda el funcionamiento de la Ley de terceros (derechos contra aseguradoras) de 2010. Finalmente, *Aercap Ireland Ltd v AIG Europe SA & Ors* [2025] EWHC 1430 (Comm), sentencia en juicio conjunto de reclamaciones en virtud de pólizas de arrendadores de aviación derivadas de aeronaves arrendadas extranjeras que permanecieron en Rusia después de la guerra de Ucrania, son ejemplos inequívocos de la fuerte adaptación y evolución que el derecho de seguros desarrolla.

Mas también en el derecho francés, así, sirvan como botón de muestra las tres sentencias de la Cour de Casación, Segunda Sala Civil, de 26 de junio de 2025 [n.º 23-20.778 FS-B; n.º 23.16.328 FS-B; n.º 24-13.312, FS-B] reconoció no uno, sino dos límites al «principio» de inaplicabilidad de las excepciones por parte de la aseguradora de automóvil: Por un lado, una aseguradora cuyo contrato es nulo puede oponerse a esta nulidad a otra aseguradora cuyo contrato no es nulo (apelación no. 23-20.778). Por otro lado, es en los casos de suspensión de la garantía por impago de la prima tal y como se regula en el artículo R. 211-13, 2º del Código de Seguros en su versión anterior a la resultante del decreto de 21 de diciembre de 2023, que se considera ejecutiva, cuando este texto es aplicable temporalmente (recursos n.º 23-16.328 y n.º 24-13.312).

6. A título ejemplificativo, piénsese simplemente en el uso de la IA de cara a evaluar la indemnización por dolor y sufrimiento en un asegurado o una víctima, *vid.*, ABRAM/WESSEL, «Einsatz künstlicher Intelligenz bei der Schmerzensgeldbemessung Chancen und Risiken», *r+s*, 2025, Heft 20, pp. 1016 y ss.
7. Una clara aportación se la debemos a BROS, «L'assurance paramétrique en assurance de dommages», *BJDA.FR*, 2023, n.º 6, donde analiza el impacto de los seguros paramétricos en los seguros contra daños y la brecha que los mismos pueden colmar en el campo de los riesgos cibernéticos. *Vid.*, además, *in extenso*, nuestro trabajo, VEIGA, *Seguro e inteligencia artificial. El impacto de la digitalización en el contrato de seguro*, Madrid, 2025.

pretensión es holística, lo toca todo, lo abarca todo, lo devora prácticamente todo⁸.

Hoy como ayer, la etiología multifactorial de riesgos o potenciales riesgos siempre complica las cuestiones de causalidad en toda reclamación en un seguro. Sirva como adelanto que la Inteligencia Artificial, su uso, es un riesgo complejo y lleno de matices, ante el que el mercado asegurador se ha decantado por el empleo de cuestionarios, a veces combinados con escaneo perimetral o diálogos de riesgo: por ahora, sin embargo, un camino lineal⁹. Para cuantificar el riesgo, será necesario identificar la información de suscripción caso por caso

-
8. En un sentido amplio del mismo, véase el trabajo de KOLLMANN, «*Smart contracts im bürgerlichen Recht*», *MMR*, 2024, Heft 2, pp. 137 y ss., que afirma: «Actualmente no existe una comprensión uniforme del término en el derecho alemán, y mucho menos una definición legal del término. Sin embargo, existe un acuerdo generalizado en que, contrariamente a su nombre engañoso, los contratos inteligentes no son ni significativamente inteligentes ni son contratos en el sentido legal. Sobre todo, no se basan (necesariamente) en inteligencia artificial (IA)». Y en p. 141 afirma: «El posible uso de contratos inteligentes plantea una serie de cuestiones en el derecho civil, especialmente desde la perspectiva de la protección del consumidor. Sobre todo, los requisitos formales, el derecho de desistimiento y la Button-Lösung plantean desafíos para los contratos inteligentes. Aunque estos problemas parecen en gran medida superables, el uso de contratos inteligentes apenas se ha probado en la práctica. Existe un riesgo no insignificante de que conduzcan a un debilitamiento de las normas de protección del consumidor y, por tanto, a un aumento del desequilibrio estructural entre consumidores y empresarios». *Vid.*, además, PAULUS, «*Was ist eigentlich ... ein Smart Contract?*», *JuS*, 2020, Heft 2, pp. 107 y ss.
9. No le falta razón a LIOR, «*E/Insuring the AI Age: empirical insights into artificial intelligence liability policies*», *Conn. Ins. L. J.*, 2025, vol. 31.2, pp. 95 y ss., cuando afirma p. 95:

«Los seguros representan una parte importante, pero poco valorada, de nuestras vidas. Tanto particulares como empresas se benefician de la contratación de coberturas de las aseguradoras para gestionar y cubrir sus riesgos. Es un mecanismo necesario en la sociedad moderna para apoyar la innovación y garantizar que sus víctimas inevitables sean compensadas. La innovación en tecnologías emergentes altera el panorama de riesgos existente, desafiando la capacidad de las aseguradoras, los innovadores y las personas para gestionar sus riesgos. La actual tecnología emergente de la Inteligencia Artificial (IA) acentúa significativamente esta tendencia. Las aseguradoras están lidiando con el concepto de IA. Están explorando diferentes productos de seguros, tanto tradicionales como novedosos, que pueden ofrecer tanto a empresas como a usuarios para gestionar los riesgos asociados a la IA. A cambio, el mercado de coberturas de IA presenta oportunidades de crecimiento e ingresos sin precedentes. Los seguros desempeñarán un papel fundamental en el desarrollo y la distribución de la IA, configurando activamente las estrategias de mitigación de riesgos y los marcos regulatorios para los usuarios y las empresas de IA. Esto no es solo una laguna académica, sino un problema de presión regulatoria con implicaciones tangibles en el mundo real».

(implementador, usuario, tipo de IA involucrada) para evaluarla con datos sobre el entrenamiento del modelo y los controles posteriores al despliegue¹⁰.

¿Qué conciencia tiene el consumidor medio de los riesgos que la red, la seguridad de sus equipos móviles e informáticos corren? O simplemente por el mismo hecho de que es discriminado por edad¹¹. ¿Verdaderamente somos capaces y es prioritario la reducción del riesgo de discriminación algorítmica?¹². ¿Qué conocimientos reales tiene sobre los riesgos técnicos y su neutralidad?¹³.

-
10. Así, afirman LUSARDI/TAYEL, «The insurability of AI risk», 26 de junio de 2024 [https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=4d829349-07d2-4057-ad83-b2e1490ed034&utm_source=], como el camino probablemente será el mismo que para el riesgo cibernético: con el tiempo, las aseguradoras tendrán que cuantificar y monitorear la exposición a la IA en las pólizas de seguros tradicionales en la medida en que pueda representar un riesgo inesperado significativo para sus carteras. «Para ello, los mercados de reaseguros y Lloyds of London podrían empezar a imponer exclusiones de IA en los productos tradicionales de seguros cibernéticos, de responsabilidad civil profesional, contra el delito y otros, creando una brecha que será necesario llenar. Para entonces, esperamos que los productos de seguros específicos para IA estén listos para funcionar, respaldados por un proceso de suscripción definido y replicable y un mecanismo de cuantificación de pérdidas consistentemente predecible».
 11. Así, la reciente aportación de METZ, «Verbraucherkreidite rund Altersdiskriminierung», *VuR*, 2025, Heft 2, pp. 52 y ss., donde analiza la discriminación del crédito al consumo, sobre todo en personas o hacia personas mayores y las condiciones marco económicas. Véase el magnífico análisis que realiza HEITHER, «Altersdiskriminierung bei Kreditkartenausgabe», *VuR*, 2024, Heft 1, pp. 18 y ss., en torno a la discriminación por edad en la emisión de tarjetas bancarias, donde sintetiza el problema y lo parametriza en concreto en: «si la negativa a expedir una tarjeta de crédito constituye una discriminación (sección II), de la aplicabilidad de la AGG (sección III), de la admisibilidad o no de la discriminación (en este caso, en particular, de la “razón objetiva” como justificación) (IV), de si debe examinarse la proporcionalidad de la negativa (V) y de las consecuencias jurídicas de una discriminación no admisible y de los debates sobre el importe de la indemnización (VI). Por último, se discuten los problemas en la aplicación del derecho a la indemnización (VII)».
 12. Sin duda este ha sido el camino que el Reglamento sobre IA trata de llevar a cabo. *Vid.*, LEGNER, «KI-Verordnung und algorithmische Diskriminierung», *RDi*, 2024, Heft 9, pp. 426 y ss.
 13. Como bien afirma LATIL, *Le droit de numérique*, 2ª ed., Paris, 2024, p. 46, la cuestión de la «neutralidad técnica» ocupa hoy una centralidad en los discursos jurídicos. Sus manifestaciones son múltiples, pero también siguen confundándose. «La *neutralité* du net, la *neutralité* des plateformes et des intermédiaires techniques ou encore la *neutralité* des algorithmes sont des thèmes fréquemment discutés».

Antes de la irrupción de la algoritmia y la inteligencia artificial, era claro que en el proceso de suscripción existían igualmente decisiones subjetivas inducidas por los actuarios¹⁴. El paradigma muta, y es tamizado por el dato, por el análisis del dato y su secuenciación en una vertiginosa y más realista clasificación de los riesgos asegurados.

¿Quid con los datos que se extraen de plataformas?¹⁵. ¿Son en verdad los motores de búsqueda, las plataformas absolutamente neutrales?¹⁶. Mas, ¿un tomador medio, es consciente de lo que puede suponer una brecha o una violación de seguridad y el riesgo que conlleva para su actividad empresarial, profesional o incluso privada?¹⁷. ¿Quid con el riesgo de generar por inteligencia artificial

-
14. Así, *vid.*, MOULTRIE/THOMAS, «The Right to Underwrite? An Actuarial Perspective with a Difference», *J. Actuarial Prac.*, 1997, vol. 5, pp. 125 y ss., señalando en p. 134 cómo algunas de las decisiones subjetivas tomadas por los actuarios dentro del proceso «científico» de suscripción); véase también STONE, «The Struggle for the Soul of Health Insurance», *J. Health Pol. Pol & L.*, 1993, vol. 18, pp. 287 y ss., sobre todo, p. 296-300 donde afirma como, históricamente, los estereotipos sociales han aparecido en los manuales de tarificación de seguros junto a las pruebas empíricas), y en p. 299 puede leerse: «La suscripción de seguros, lejos de ser un árido ejercicio estadístico, es un ejercicio político para trazar los límites de la pertenencia a una comunidad».
15. Se ocupa precisamente de los daños y perjuicios por la extracción de datos en plataformas de redes sociales la sentencia alemana del LG de Lübeck de 25 de mayo de 2023 — 15 O 74/22 que afirma como Facebook permite a terceros identificar otros perfiles de Facebook utilizando el número de teléfono móvil almacenado, incluso sin que dicho número almacenado se haga público. Esta función no está cubierta por el consentimiento del usuario. El RGPD no exige la mera posibilidad de cambiar la configuración predeterminada de forma retroactiva, sino un consentimiento activo e inequívoco desde el principio. La función tampoco era necesaria para la ejecución del contrato celebrado entre las partes. El mero hecho de que los usuarios pudieran desactivar la función en cuestión en la configuración de su perfil sin que ninguna de las partes pusiera en tela de juicio la ejecución del contrato demuestra que se trata de una función potencialmente práctica, pero en absoluto necesaria. Facebook no ha tomado suficientes medidas de protección contra el *scraping*.
16. Claro LATIL, *cit.*, p. 47: «tout changement de l’algorithme conduit à modifier l’ordre des résultats. Un moteur de recherche ne assurait donc être “neutre”. Le seul moyen d’être neutre serait de proposer des résultats selon des critères aléatoires (et encore, le critère de l’aléatoire comme mode de gouvernance représente déjà un choix de conception)».
17. Un buen ejemplo nos lo ofrece la sentencia del LG Hagen, de 15 de octubre de 2024 — 9 O 258/23, y el comentario a la misma de SCHILBACH, «Cyber-Ver-sicherung, Begriff der Netzwerksicherheitsverletzung», *r+s*, 2025, Heft 1, pp. 28 y ss., y donde enfatiza cómo el tomador promedio entiende que el concepto de una violación de seguridad de red significa que la seguridad de la propia

contenidos sexistas que distorsionan la apreciación del riesgo real en un seguro?¹⁸.

Como es sabido son múltiples y numerosos los factores y condicionantes circunstanciales que influyen sobre la propia vida y salud del asegurado, así como, en definitiva, sobre la morbilidad del mismo. Desde su edad, salud, sexo, profesión, hábitos, actividades, etc., hasta los antecedentes más inmediatos y genéticos de este¹⁹. Antecedentes que pueden condicionar e incluso agravar el riesgo, tanto desde un punto de vista de patologías y enfermedades hasta algo no tan dañino *a priori* como es la longevidad que en no pocos casos es o se convierte en algo hereditario.

red debe haber sido violada y no es suficiente que la red de un tercero se vea afectada. La mera recepción de un correo electrónico fraudulento (phishing) no constituye una violación de la seguridad de la red.

Es típico en los seguros cibernéticos y resulta obvio para el asegurado medio que solo se debe proteger el riesgo de los propios sistemas informáticos del asegurado y que los ataques de piratas informáticos que solo pueden tener un impacto indirecto sobre el asegurado no están incluidos en la cobertura del seguro.

18. Las imágenes digitales y lo que online circula en la redes es capital en este caso. Así, *vid.*, el trabajo de ROLFES, «Widerruf und Gewährleistung bei sexistischen KI-Inhalten», *VuR*, 2024, Heft 2, pp. 52 y ss.
19. En un reciente supuesto estadounidense, se demanda a una aseguradora por utilizar algorítmicamente cálculos de precios en seguros de enfermedad. Así, señala GOLDBERG, «Health insurance Price-fixing cartel alleged against Multiplan and Insurers», 8 de mayo de 2024 [https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=1bfd204d-6c53-48d9-8f4c-f67079ce85bb&utm_source], cómo la demanda, presentada en el Distrito de Illinois como *Live Well Chiropractic PLLC, et al. v. Multiplan, Inc., et al.* (D. IL Civ. No. 1:24-cv—3680), alega que Multiplan utiliza un algoritmo que reclama «refiriendo» los servicios fuera de la red en función de los reembolsos históricos a los proveedores que brindan los mismos servicios, y luego «anula» esa cantidad para pagar tarifas más bajas acordadas por Multiplan y las aseguradoras. Según la demanda, las aseguradoras, que supuestamente son competidoras horizontales, proporcionan información sensible a la competencia sobre sus reembolsos que no proporcionarían en un mercado competitivo, y muchas de ellas forman parte de un consejo asesor de Multiplan que se reúne para promover la conspiración para fijar precios. Un componente clave de la supuesta fijación de precios es el requisito de Multiplan de que los proveedores de su red acepten no cobrar a los pacientes pagos no realizados por las aseguradoras. La demanda alega que Multiplan y las aseguradoras han ganado miles de millones gracias a la supuesta conducta anticompetitiva, y solicita daños y perjuicios y medidas cautelares.

Será el asegurador quien decida y opte por seleccionar sus métodos de valoración del riesgo real, bien a través de cuestionarios, bien a través de más exámenes médicos o chequeos²⁰.

Pero esto no puede invocar ni suponer una libertad absoluta a la hora de antiseleccionar y, por tanto, discriminar en el seguro a quienes, por edad, por raza, por sexo, por enfermedad, por discapacidad, etc., o bien rompen las tradicionales y aceptadas tablas de riesgo y siniestralidad o no son simplemente, aceptados o a un precio excesivamente oneroso por las aseguradoras²¹. Ello, sin contar, además, con prácticas de optimización de precios que acaban por seleccionar y excluir o sobreprimiar a determinados colectivos en función de su capacidad crediticia, laboral, económica o incluso por el mero hecho de vivir en unos u otros territorios, barrios, etc.²².

A bote pronto, enfermedades, discapacidades, virus, sexo, etc., han suscitado el recelo ante el riesgo por parte de las aseguradoras.

20. Sobre el secreto médico y el seguro de vida véase entre otros los trabajos de ABRAVANEL-JOLLY, «Le secret médical en assurance de personnes», *RGDA*, 2005, pp. 887 y ss.; así como también SCHWEBEL, «L'utilisation des données médicales par les assureurs», *RGDA*, 2010, pp. 47 y ss.

21. Advierte SEITZ, «Grundrechtsschutz und künstliche Intelligenz», cit., p. 840, que añade: «La integración de sistemas de IA como herramienta puede promover la eficiencia y precisión de los procesos de toma de decisiones. Sin embargo, dado que los sistemas de IA tienen el potencial de permitir una toma de decisiones eficiente basada en datos debido a su capacidad de analizar grandes cantidades de datos, esto a su vez requiere la exactitud del algoritmo y de los datos (de entrenamiento). En el caso de algoritmos y datos incorrectos o desequilibrados, existe el riesgo de tomar decisiones no transparentes, sesgadas y discriminatorias. Además del sesgo algorítmico, el riesgo es que se utilicen datos sesgados que quizá no sean percibidos como tal. En consonancia con las posibles aplicaciones de los sistemas de IA, por ejemplo, para detectar fraudes en prestaciones sociales o predecir el riesgo de reincidencia en procesos penales».

22. Un buen ejemplo de esta optimización, empleando además el análisis que el *big data* depara, nos lo ofrece MUÑOZ PAREDES, M.ª L., «La discriminación de los asegurados en el precio del contrato fijado con uso del *big data*», *Transparencia y competitividad en el mercado asegurado. Insurtech, distribución, protección del cliente, seguro marítimo y pandemia* [GIRGADO/GONZÁLEZ (Coords.)], Granada, 2021, pp. 263 y ss., donde señala, p. 265, cómo gracias al uso de medios tecnológicos ligados al *Big Data*, la situación ha cambiado dado que las aseguradoras pueden contar con información a través de otras fuentes distintas que combina, claro está, con las tradicionales, y permiten a la aseguradora no solo un acceso fácil a datos útiles de sus ya o potenciales asegurados, sino de hacerlo al margen del sujeto afectado. *Vid.* sobre la optimización de precios y otras prácticas potencialmente discriminatorias, en especial, pp. 277 y ss.

Recelos en parte derivados de la falta de suficiente conocimiento o pericia, o de adecuar exactamente el impacto, frecuencia e intensidad del riesgo verdadero ante el que el avance de la tecnología, el *big data*, las pruebas genéticas, etc., provean un cambio absoluto en la medición del riesgo auténtico²³. Una medición del riesgo, de la enfermedad, de los colectivos más o menos propensos que también se puede evacuar desde lo público y por salud pública, no solo exclusivamente desde los intereses privados y que lleva o ha llevado en algunos países a hablar de una «vigilancia centinela» respecto a algunas enfermedades, pero también colectivos o grupos sociales²⁴.

23. Ahora bien, desde la óptica del uso de IA en un sector clave como es el de cuidados críticos, sostienen ABGRALL/HOLDER *et al.*, «Should AI models be explainable to clinicians?», cit.:

«los médicos de cuidados críticos se enfrentan con frecuencia a enfermedades basadas en síndromes, como la lesión renal aguda (LRA) y la sepsis, así como a eventos como la necesidad de asistencia mecánica, todos ellos marcados por una notable heterogeneidad. Su naturaleza parcialmente comprendida plantea desafíos para que muchos modelos de IA identifiquen rápidamente intervenciones efectivas para el tratamiento o la prevención. Los modelos de IA explicable (XAI) pueden ser más prácticos (para definiciones y descripciones de la terminología de IA explicable [XAI], consulte el archivo adicional). Por ejemplo, los modelos desarrollados por Lauritsen *et al.*, proporcionan advertencias tempranas para varias enfermedades críticas, al tiempo que señalan los factores específicos que impulsan sus predicciones para cada paciente. Estos modelos no solo ofrecen predicciones de última generación en tiempo real para enfermedades críticas como sepsis, LRA o lesión pulmonar aguda (LPA), sino que también brindan información sobre los registros médicos electrónicos que sustentan estas predicciones que de otro modo habrían permanecido sin identificar. Este enfoque permite a los profesionales responder de manera más eficaz y personal, centrándose en factores modificables.

Desde la perspectiva del paciente, la opacidad de los sistemas de IA también puede perjudicar su comprensión, lo que afecta su consentimiento informado y su autonomía. Esta falta de claridad podría trasladar involuntariamente el poder de toma de decisiones de los pacientes y los médicos a algoritmos menos transparentes, lo que podría fomentar un nuevo tipo de paternalismo médico en el que se supone que “las computadoras saben lo que es mejor”. Para abordar estos desafíos de manera efectiva, los médicos podrían beneficiarse de comprender la lógica detrás de los resultados producidos por los modelos basados en IA. El enfoque primordial debería ser descifrar por qué un modelo de IA en particular llega a resultados específicos y los factores subyacentes que influyen en su proceso de toma de decisiones. Este enfoque es paralelo a los modelos mentales colaborativos que los médicos establecen con sus colegas, similar a buscar una segunda opinión. Además, con este conocimiento en la mano, los médicos deberían comunicarse de manera más efectiva con los pacientes y sus familias, facilitando decisiones informadas sobre su atención médica».

24. BELETSKY, «Deploying prescription drug monitoring to address the overdose crisis: ideology meets reality», *Ind. Health Law Review*, 2018, vol. 15, n.º 2, pp. 139 y ss., p. 147, sostiene: «By tracking cases of emerging contagions, genetic problems among newborns, 50 clusters of poisonings, injuries, or cancer diagnoses, as well as antisocial behaviors like child abuse, surveillance data

Una de las cuestiones más debatidas en el momento actual es, además, la cobertura o no de los riesgos de la IA²⁵. Sin duda, hoy es el riesgo

are essential to fully understanding community hazards. The aggregate sum of medical encounters forms a critical component of a society's public health defense—health care settings create a “sentinel surveillance” network to discern the prevalence of certain conditions and risk behaviors, track emerging health threats and offer a platform for prevention and intervention efforts. Only when armed with such information can governments mount timely and proportional responses to public health threats. Thus, up-to-date data on where and how diseases spread and how best to control them are critical to drive state efforts to protect the public. Generating the best available evidence for individuals and populations requires a number of elements, with patient confidentiality being one of the most fundamental». No obstante, el autor norteamericano advierte de otras dificultades, Sin embargo, como ocurre con otras formas de vigilancia gubernamental, habida cuenta que estos sistemas son propensos a los abusos. Ante las amenazas emergentes para la salud pública (ya sean reales o percibidas), los responsables políticos suelen responder con una vigilancia expansiva e intrusiva. Estas iniciativas invasivas afectan ciertamente a los individuos; el fracaso de las políticas para proteger adecuadamente los derechos y la confidencialidad de los pacientes puede generar impactos adversos a nivel de la población. Con salvaguardas concretas y coherentes, las personas suelen estar dispuestas a ceder cierto grado de confidencialidad en beneficio de la comunidad. Por el contrario, la falta de confianza en salud y la preocupación por las consecuencias legales, sociales y de otro tipo de la divulgación no autorizada empujan a las prácticas de riesgo y a las enfermedades estigmatizadas a la clandestinidad. El miedo a la divulgación de información sanitaria confidencial a los empleadores, familiares, los medios de comunicación y las fuerzas del orden pueden crear peligrosas barreras a la atención preventiva, los servicios de urgencia y otros ámbitos de la atención sanitaria, de que la información médica confidencial pueda utilizarse para infligir daños psicológicos, sociales, económicos o de otro tipo, actúa como un desincentivo directo para que los pacientes busquen ayuda profesional o se sinceren.

25. Son muchas las aproximaciones doctrinales y prácticas sobre cómo abordar la adopción de la IA en el seguro, *vid.*, entre otros, PRADO/WHITMORE/MERMINOD/NICKERSON, «AI and insurance navigating AI adoption», 30 septiembre de 2025 [<https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=4a76d-dec-9681-4f07-a786-793751cd04f7>] quienes analizan el poder transformador de la IA, sobre todo en el marco de los riesgos que plantea para las instituciones financieras. Y alertan:

«Las pólizas cibernéticas se redactan de forma que se reduzca la probabilidad de pagos, con exclusiones, sublímites y cláusulas potencialmente ambiguas que contribuyen a la incertidumbre sobre la capacidad de una empresa para reclamar bajo la póliza. Por lo general, esto puede implicar: (1) exclusiones por ataques patrocinados por el Estado y violaciones de proveedores de servicios; (2) límites a la cobertura para pagos de rescates, costos de recuperación de datos y honorarios legales; y (3) excepciones por falta de implementación o mantenimiento de controles de seguridad (por ejemplo, vulnerabilidades conocidas que no se han corregido)».

más central, innovador y desafiante a la vez en el estudio del seguro²⁶. En efecto, el impacto de esta en toda actividad profesional y humana, de la vida cotidiana es tan grande como ignora en sus dimensiones últimas, lo que genera que específicamente para el seguro, recte, para la cobertura de los riesgos se conozca si está incluida o no, en aras a evitar una IA silenciosa²⁷.

¿Somos capaces de asimilar todo lo que trae consigo la inteligencia artificial, no solo en lo estrictamente jurídico, y de resistir o derribar los viejos paradigmas y reescribir retos y desafíos en clave normativa?²⁸.

26. Como bien se ha reseñado, ALTUNDAG/HOFFMANN, «Die Cyber-Versicherung: Der Versicherungsfall», 9 de octubre de 2025 [<https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=3ab899a5-2008-4a44-9763-002c515bebaa&utm>] las claves pasan por la *Beeinträchtigung von Verfügbarkeit, Integrität und Vertraulichkeit*, esto es, la afectación de la disponibilidad, integridad y confidencialidad, y afirma:

«... para que se produzca una violación de la seguridad de la información, es necesario que se vea “afectada la disponibilidad, integridad y confidencialidad” de los datos electrónicos o de los sistemas de procesamiento de información.

La “disponibilidad” se ve afectada cuando el acceso permanente o acordado a los datos y sistemas se ve afectado y no puede ser utilizado por el grupo destinatario previsto (por ejemplo, en el caso del cifrado de datos o del cambio de una contraseña). La “integridad” se ve afectada cuando se ve afectada la integridad, la inalterabilidad o la completitud de los datos o sistemas (por ejemplo, cuando se manipula el contenido de los datos sin autorización o se falsifican los datos del autor).

La “confidencialidad” se ve afectada cuando terceros obtienen acceso no autorizado a datos o sistemas (por ejemplo, cuando terceros acceden al correo electrónico a través de troyanos o phishing).

Para que se produzca una “afectación”, no es necesario que se pierda por completo ninguno de los bienes protegidos mencionados anteriormente. Más bien, basta con cualquier desviación perjudicial del estado real con respecto al estado deseado. Por lo tanto, el hecho de que se haya podido continuar con la actividad no se opone, en principio, a la suposición de una afectación».

27. Así el reciente trabajo de WALLENS/ JOHNSON, «“Silent AI”: The risk of unintended consequences», 31 de julio de 2025 [https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=063256ba-33c5-435a-9488-4a35127e9c77&utm_source], y en la que los autores insisten en el enfoque sectorial desigual para la regulación de la IA lo que provoca ineficiencias o gastos por coberturas donde no había claridad. Lloyd’s of London exigió que las pólizas **de daños a la propiedad** de primera parte brinden claridad sobre la cobertura cibernética, ya sea excluyéndola o proporcionando cobertura afirmativa. Pero ¿qué ocurre con la IA silenciosa? La cobertura ambigua genera disputas y aumenta los costos. El artículo focaliza su análisis en el impacto de cobertura de riesgos IA en seguros como el de automóvil, interrupción de negocio, responsabilidad civil profesional, responsabilidad de producto, D&O, responsabilidad por prácticas laborales, etc.

28. En particular para el seguro se ha dicho: «Time is necessary for any innovation “to become fully assimilated within everyday tort law”, and the same holds

Y simplemente, ¿somos capaces de vislumbrar como será a futuro el derecho contractual a raíz de la Inteligencia Artificial?²⁹.

¿Cuáles, qué y cómo son las herramientas de IA idóneas o adecuadas para revisar y redactar documentos jurídicos y, más específicamente, contratos donde hay una especial sensibilidad hacia la tutela del consumidor, por ejemplo, el seguro?³⁰ Es cierto que existen ya herramientas que ponen el foco bien en detectar inconsistencias en los contratos y que son capaces de sugerir modificaciones automáticamente, como también otras que generan contratos y disponen de un *chatbot* de inteligencia artificial para la legislación de un país, a otras herramientas capaces de ofrecer un análisis contextual de los contratos teniendo en cuenta la posición negociadora, o la que ofrece la revisión de contratos y diseño de automatización basado en indicaciones³¹. Quizás las que revisan la calidad de contratos y mejoramiento de cláusulas y contenido, son las más extendidas y en las que las editoriales jurídicas más se vuelcan³².

true for the intersection of innovation and insurance. The latter helps the technological advancement of society by providing a safety net to new innovators in the shape of risks hedging». Así, LIOR, «Innovating liability: the virtuous cycle of torts, technology and liability insurance», cit., p. 480.

29. *Vid.*, el ensayo de PRAVEMANN, «Künstliche Intelligenz im Vertragsrecht», *RDi*, 2025, Heft 12, pp. 620 y ss., donde el autor abordase uso de la inteligencia artificial en el contexto de la formación de contratos de derecho civil y las cuestiones jurídicas sustanciales que ese uso supondrá.
30. Es indudable que los sistemas de IA pueden afectar inicialmente el derecho a la privacidad y a la autodeterminación informativa, incluida la protección de datos. Como afirma SEITZ, cit., p. 840: «Reconocer patrones no solo proporciona información, sino que también plantea **el riesgo de mal uso de los datos**, vigilancia y decisiones discriminatorias. Por tanto, una de las cuestiones más fundamentales en relación con el derecho a la privacidad y la autodeterminación informativa se refiere a la recopilación y el procesamiento de datos personales por parte de los sistemas de IA. De acuerdo con la legislación de protección de datos aplicable en la UE, en particular el Reglamento General de Protección de Datos».
31. Piénsese incluso en la protección que, a su vez, han de tener productos de *chatbot* con inteligencia artificial, *vid.*, SCHIPPEL, «KI-Chatbot-Erzeugnisse: Vertragsklausel zur Weitergabe und Nutzung», *MMR*, 2024, Heft 5, pp. 371 y ss.
32. Véase por ejemplo el video ilustrativo de una revisión contractual por inteligencia artificial en la página web de legartis, <https://www.legartis.ai/ai-contract-review>. Utilizando la autodescripción de Legartis como ejemplo, esta herramienta ofrece revisiones y análisis de contratos asistidos por IA y basados en LLM y afirma tener «una calidad de análisis constantemente alta de más del 90 % gracias a un proceso de calidad de múltiples etapas». La revisión del contrato se verifica el cumplimiento de las directrices de la empresa, se

Sin embargo, por esa senda, se habla menos de conceptos tales como neutralidad tecnológica, incluso, equidistante a este, pero muy próximo, el de neutralidad jurídica³³. Como tampoco del contrato de datos³⁴. Inescindiblemente, de siempre, técnica y progreso científico-tecnológico y derecho han cruzado sus debates y sus presuntos límites³⁵. Algo a lo que no es ajeno el mercado del seguro³⁶. Y en el que los sistemas

señalan cláusulas faltantes, incorrectas o irregulares y se hacen sugerencias de corrección.

Legartis proporciona más de 150 cláusulas estándar previamente entrenadas que los usuarios pueden seleccionar para sus contratos. La preconfiguración es, por tanto, una combinación de conocimientos del proveedor y del usuario. Con indicaciones, el nivel de automatización de la revisión del contrato se puede ajustar individualmente; con un complemento de Word, una vez creado, se puede llevar a cabo la revisión del contrato asistida por IA. Además, la función denominada «Legartis Legal Analytics» permite analizar los contratos en función de los puntos de datos relevantes y extraerlos en un sistema de gestión del ciclo de vida de los contratos o en la aplicación web de Legartis.

33. Como bien se señala en el prólogo de la obra colectiva *Künftliche Intelligenz und juristische Herausforderungen* [DEDERER/SHIN (Hrsg.)], Tübingen, 2021, la digitalización, así como el *big data* y las tecnologías de la información, están penetrando en todos los ámbitos de la sociedad a un ritmo rápido y cada vez más profundamente. Al mismo tiempo, han dado un impulso masivo a la investigación y aplicación de sistemas de inteligencia artificial (IA). Con su poder disruptivo, están dando forma a la «sociedad digital» y creando así nuevos problemas normativos. Las contribuciones de este volumen de la conferencia examinan si el derecho actual puede afrontar estos desafíos y de qué manera. Las cuestiones jurídicas que surgen a menudo conducen más allá del derecho positivo a los fundamentos históricos, filosóficos y teóricos del derecho. Los autores analizan cuestiones actuales en los ámbitos del derecho civil, en concreto, el derecho contractual y de responsabilidad civil, el derecho laboral y el derecho de autor, así como el derecho procesal penal y el derecho internacional.
34. Sobre este contrato de datos, *vid.*, sobre todo el epígrafe V del trabajo de GÖTZ/BLÖINK, «Datenvertrag: Lösungsansatz für das Spannungsfeld zwischen Data Act und DS-GVO», *MMR*, 2024, Heft 6, pp. 541 y ss., pp. 544 y ss.
35. Entre otros, setenta años atrás el conocido trabajo de SAVATIER, «Le droit et le progrès des techniques», *Bulletin international des sciences sociales*, 1952, vol. IV, n.º 2, pp. 326 y ss.
36. Alerta del riesgo de falta de neutralidad de la IA así como del riesgo de seguridad jurídica inherente a un empleo sin control de los datos correspondientes a los asegurados, GIRGADO, «El Reglamento», *cit.*, p. 4; en parecidos términos LANDINI, «Insurtech: innovation in production, distribution, governance and supervisión in the insurance market», *Transparencia y competitividad en el mercado asegurador. Insurtech, distribución, protección del cliente, seguro marítimo y pandemia*, Granada, 2021, p. 5. *Vid.*, sobre la neutralidad de la red a nivel de interconexión IP, el trabajo de KOENIG/VEIDT, «Netzneutralität auf IP-Interconnectionebene?», *MMR*, 2025, Heft 2, pp. 83 y ss.

de inteligencia artificial actúan e influyen en sus dos dimensiones, la basada en el *software*, por ejemplo, el reconocimiento de voz o facial, y la basada en el *hardware*, con una marcada actuación o proyección en la realidad fáctica, como es, por ejemplo, la conducción autónoma de vehículos y el impacto que esto tiene también en el seguro y la antiselección del riesgo³⁷. ¿Es, en verdad, el *software* neutro?, ¿y la transparencia o la equidad misma?³⁸, ¿existen programas absolutamente neutros?³⁹.

37. Cómo se accede a los datos y como se usan es una de las grandes cuestiones que necesita clarificación conductual, pero también jurídica. *Vid.*, HENKE, «Der Zugang zu IoT-Gerätedaten und ihre Nutzung unter dem Data Act», *VuR*, 2024, Heft 11, pp. 403 y ss., que plantea en el epígrafe III el acceso a los datos en beneficio de los consumidores.

38. Afirman MITCHELL/POTASH, *et al.*, «Algorithmic fairness», *cit.*, cómo los modelos que se basan en la equidad suelen implementarse para alcanzar un objetivo más amplio. Para un planificador social benévolo, puede tratarse de alguna noción de justicia o bienestar social (Hu y Chen, 2018b). Para un actor de la justicia penal, este objetivo puede ser reducir la cantidad de personas detenidas en espera de juicio y, al mismo tiempo, proteger la seguridad pública. Para un banco que toma decisiones crediticias, el objetivo puede ser maximizar las ganancias. A menudo, las diferentes partes interesadas tienen objetivos genuinamente diferentes y conflictivos, que no se pueden resolver con más datos o con diferentes opciones de modelado (Eubanks, 2018; O'Neil y Gunn, 2020). Si uno no está de acuerdo con el objetivo general, un modelo que logre avanzar con éxito en este objetivo, independientemente de si logra alguna de las nociones matemáticas de equidad analizadas aquí, no será aceptable.

Los sistemas de decisión basados en predicciones a menudo suponen implícitamente que la búsqueda del objetivo social general se verá favorecida por una mejor predicción de un pequeño número de resultados. Por ejemplo, en las decisiones previas al juicio, los resultados de interés suelen ser el delito (medido como arresto o arresto por un delito violento) y la no comparecencia ante el tribunal. En cambio, los tomadores de decisiones humanos pueden considerar varios resultados, incluidos los impactos en el bienestar de un acusado o el bienestar de los dependientes de un acusado (Brownsberger 2017). Al tomar decisiones sobre admisiones universitarias, puede ser tentador limitar los objetivos más amplios de la educación superior a simplemente maximizar los futuros promedios de calificaciones de los estudiantes admitidos (Kleinberg *et al.* 2018). Limitar el enfoque a un resultado elegido y medido puede no alcanzar los objetivos más amplios [un problema a veces llamado sesgo de recompensa omitida].

39. Una buena evidencia y conocida es la utilización de COMPAS [Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions], que predice la probabilidad de que una persona vuelva a cometer un delito y utiliza las respuestas a 137 preguntas para calcular la probabilidad de que la persona en cuestión cometa otro delito o deje de ser considerada un delincuente. Una buena muestra de que los programas no son neutrales. En palabras de STEEGE, «Algorithmbasierte Diskriminierung durch Einsatz von Künstlicher Intelligenz. Rechtsvergleichende Überlegungen und relevante Einsatzgebiete», *MMR*, 2019,

¿Verdaderamente son capaces de eliminar sesgos, discriminación y desinformación?⁴⁰.

¿Cómo definimos acaso la propia inteligencia artificial?⁴¹. Volveremos sobre estas cuestiones *in extenso* al final de este capítulo.

Como es sabido, no existe *per se* un control directo gubernamental sobre la creatividad y desarrollo de un producto de seguro, de una póliza. Como tampoco *ex ante* de un condicionado en pureza. De acuerdo con la Directiva Europea de Distribución de Seguros, las aseguradoras y cualquier otro «fabricante-diseñador» de productos de seguros son quienes, a la postre, aplican sus propios procesos de control y supervisión de productos⁴². ¿Cuál es el rol público en el

Heft 11, pp. 715 y ss., p. 716 desde «un punto de vista constitucional y ético, el uso de dicho *software* en procedimientos es incompatible con la dignidad humana, el estado de derecho y el derecho a un juicio justo».

40. Nos recuerda SEITZ, «Grundrechtsschutz und Künstliche Intelligenz», cit., p. 840: «... los sistemas de IA no solo aceleran la difusión de la información, sino que también pueden **posibilitar riesgos como el sesgo algorítmico, la censura y la desinformación**. Por ejemplo, los sistemas de IA pueden alterar el contenido cuando los algoritmos clasifican erróneamente la información correcta como incorrecta o inapropiada y posteriormente la eliminan. Debido a la falta de transparencia y responsabilidad en el procesamiento de información mediante algoritmos, no se puede determinar la exactitud o censura de la información. Los sistemas de IA también pueden restringir el derecho a la libertad de expresión e información al ser utilizados específicamente para la desinformación y la manipulación de datos. El problema de las llamadas noticias falsas y las denominadas *deep fakes* lo ilustra muy bien. Además de utilizar sistemas de IA para desinformación y manipulación de datos, también se pueden utilizar para llevar a cabo una personalización controlada por IA, las llamadas burbujas de filtro. A través de algoritmos que personalizan el contenido, los usuarios solo pueden ver información filtrada que confirma sus opiniones existentes. Las distorsiones algorítmicas pueden así restringir la libertad de expresión e información al influir en la formación de opiniones basadas en información correcta y no filtrada».
41. El **Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024** define la IA como un sistema basado en una máquina que está diseñado para funcionar con distintos niveles de autonomía y que puede mostrar capacidad de adaptación tras el despliegue, y que, para objetivos explícitos o implícitos, infiere de la información de entrada que recibe la manera de generar resultados de salida, como predicciones, contenidos, recomendaciones o decisiones, que pueden influir en entornos físicos o virtuales.
42. Ello no empece a que sigan, sin embargo, produciéndose sesgos tanto en la entrada al seguro por potenciales tomadores como en la salida, en la liquidación siniestral. Un buen ejemplo nos lo ofrece MORISSEY, «Oklahoma earthquake: Racial discrimination in adjudication», 23 septiembre de 2024 [https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=0c137ddf-181c-42ab-ae3b], donde

sector y en la industria del seguro? Máxime en momentos donde el aseguramiento público ha dejado expedito el camino al sector privado definitivamente⁴³.

No se requiere, por tanto, aprobación previa por parte del regulador de seguros o cualquier otra autoridad. La distribución de seguros obligatorios (en particular, varios tipos de cobertura de responsabilidad civil) y ciertos tipos de productos de seguros de salud requieren una presentación previa de los términos estándar ante el regulador BaFin. Las condiciones del seguro obligatorio también pueden ser verificadas por otras autoridades (por ejemplo, aviación) como requisito para otorgar permisos y licencias.

Perfilar, delimitar un concepto de contrato de seguro no es sencillo⁴⁴. Desde un plano de lógica jurídica la cuestión se centra en plantearnos cómo queremos modelizar o parametrar un concepto de seguro. En efecto, conceptualizar la noción de contrato de seguro no se antoja cómodo, aunque tampoco relativo. Y no han sido pocos los intentos, ni tampoco únicos, desde el campo del derecho civil y mercantil⁴⁵.

se hace eco de un estudio de las Universidades de St. John's y de Cincinnati, en el que se analizan específicamente si la discriminación racial influyó en la forma en la que se procesan y resuelven las reclamaciones toda vez la evidencia de la existencia de sesgo racial en la liquidación de siniestros.

43. En una importante decisión de la Corte Suprema del siglo XIX, *Paul v. Virginia*, 75 U.S. 168, 183 (1869) se consagró y se determinó que la venta de pólizas no constituía comercio y otorgar competencia regulatoria a los estados. De este modo, las aseguradoras pudieron evitar la regulación federal e influir considerablemente en la regulación estatal que surgió en su lugar. En ese caso, los problemas derivados de la demanda insatisfecha se abordaron de forma inadecuada o, más probablemente, no se abordaron en absoluto. Aunque se describía que el seguro tenía un propósito social más amplio, quienes no podían pagar las primas o cumplir con las condiciones de suscripción se veían privados de sus beneficios. *Vid.*, sobre este particular HEMPSTEAD, *Uncovered: the story of insurance in America*, Oxford, 2024, pp. 33 y ss.
44. No sin razón afirma PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos atípicos*, 2ª ed., Coimbra, 2009, p. 93, en modo categórico a la hora de exaltar precisamente la dificultad conceptual: «na construção dos tipos contratuais legais não há necessidade de definir» para añadir, además, «além de desnecessária» toda definición es «inconveniente».
45. Desde el ámbito fiscal, señala WESTON, «“Commonly accepted notions of insurance” for captives in tax cases are not common notions of insurance in the insurance industry», *Conn. Ins. L. J.*, 2021, pp. 196 y ss., en p. 197, cómo los expertos en seguros tienen dificultades para definir el seguro. El campo de los seguros permite que coexistan múltiples definiciones en un mercado pragmático y muy regulado. Es un ecosistema de normativas, leyes, teorías matemáticas

Un concepto constructivo debe llevarnos a una definición sintética de seguro⁴⁶. Todo lo más, como ha hecho alguna experiencia comparada, optar por elaborar un contenido típico del contrato de seguro y obviar una definición⁴⁷.

probabilísticas y economía. Los tribunales fiscales, que deciden sobre las primas pagadas a las compañías de seguros cautivas, han de resolver cuestiones de deducción fiscal relacionadas con estas primas pagadas, han establecido su propia definición de seguro, que denominan «nociones de seguro comúnmente aceptadas». Estas nociones están muy alejadas de los criterios (o nociones) conocidos en el ámbito de los seguros. De hecho, la mayoría de las nociones fiscales de los seguros no son ni comunes ni siquiera relevantes para lo que es el seguro. Una comprensión incorrecta de los seguros podría ser un problema para la forma en que los tribunales fiscales deciden si las primas pagadas a las aseguradoras cautivas son gastos empresariales apropiados y deducibles. El autor a lo largo de este artículo repasa las decisiones fiscales que han llevado a las erróneas, y de hecho no, «nociones comúnmente aceptadas de seguro». Analiza la historia, el desarrollo, la práctica de los seguros para demostrar que una compañía de seguros autorizada y regulada puede hacer legalmente mucho más de lo que creen las decisiones del tribunal fiscal, independientemente de si la aseguradora es una compañía de seguros corporativa de tipo estándar, aseguradora mutua, aseguradora de líneas excedentes o aseguradora cautiva. Para ello el autor examina el concepto de distribución del riesgo y concluye que la gran variedad de la distribución del riesgo, tal y como los tribunales fiscales utilizan el concepto, a veces no es fiable como guía para determinar la práctica de los seguros.

46. Tomando la vieja definición de CHAUFTON, *Les assurances*, I, Paris, 1884, p. 334, el seguro es «la compensation des effets du hasard sur le patrimoine de l'homme par la mutualité organisée suivant les lois de la statistique». Un buen ejemplo nos lo ofrece el artículo de BERKMAN/TERMINELLO, «From the sublime to the ordinary — art in a bottle and insurance considerations», 12 september 2025 [https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=374857c2-6739-481f-85e5-4539d9d9a9cd&utm_source=Lexology] trabajo que pone en valor toda la cadena de producción desde su origen al embotellado del vino y los riesgos así como los potenciales implicados, bien a través de seguros directos, bien en su condición de asegurados adicionales como podrían ser los distribuidores. Y todos forman parte de esa entresijo y cadena de función económica que el seguro juega y cumple.
47. Así, en Alemania, ni la VVG ni la VAG definen el contrato de seguro, siendo la doctrina y la jurisprudencia a partir del contenido legal brindado por estas normas las que han elaborado un concepto o definición de contrato de seguro. *Vid.*, LOOSCHELDERS, «VVG § 1 Vertragstypische Leistungen», *Münchener Kommentar zum VVG* [LANGHEID/WANDT (Dir.), 2ª ed., Beck-online, 2016, RdNr. 7. En otras ocasiones la definición es tan abierta y amplia como ambigua e inconcreta a la vez. Así, en su momento, la Financial Services and Markets Act de 2000 en Reino Unido definía el seguro como: «a contract of insurance means any contract of insurance which is a contract of long-term insurance or a contract of general insurance». Sobre el carácter totalmente incompleto

Indudablemente, más allá, o si se prefiere, incluso antes de aproximarnos conceptual y teleológicamente al seguro y, en puridad al contrato de seguro, precede y procede perimetrar e indagar la finalidad económica y social que el mismo ha cumplido y cumple⁴⁸. Una indagación que antecede, sin duda, a la búsqueda de sus fundamentos jurídicos⁴⁹. Como también desde la óptica del comportamiento indagar del por qué y del cómo las personas y las empresas «compran» contratos de seguros⁵⁰.

La definición que la ley depara se queda hoy pequeña. Sumamente angosta, lo que no quiere decir que no sea válida o continúe siendo válida. Ni sintética ni analítica. Pero este no fue el camino abordado por el legislador de 1980⁵¹. No cabe duda de que la opción, contrapuesta a la sintética, es profundizar y ahondar en una definición analítica, la cual ha de incluir los elementos esenciales o identificadores

de esta definición véase la crítica de McGEE, *The modern law of insurance*, 4^a ed., London, 2018, p. 3 y ss.; también BIRDS/LYNCH/PAUL, *Macgillivray on insurance law*, 14^a ed., London, 2018, ch. 1-001.

48. Una función que es patrimonio y en la que participan todos y cada uno de los contratos de seguro, también los de responsabilidad civil. Así, entre otros, véase POÇAS, *Seguro automóvil. Oponibilidade de meios de defesa aos lesados*, Coimbra, 2018, p. 56, quien añade con acierto: «... o SORCA assume uma função eminentemente social, traduzindo uma solução de socialização do risco de circulação automóvel. Neste contexto, a referida função só seria assegurada mediante uma primícia e especial proteção jurídica do lesado, a qual dependeria de um amplo regime de inoponibilidades».
49. En parecidos términos BEIGNIER/BEN HADJ YAHIA, *Droit des assurances*, 4.^a ed., cit., p. 21, que señalan cómo «la bonne compréhension du contrat d'assurance suppose, nécessairement, un entendement minimal de ce qu'est, en tant que technique, l'assurance».
50. La demanda de seguros es un tema popular en la economía experimental debido a la relativa simplicidad de las decisiones de seguros y la importancia de los mercados de seguros para el bienestar económico *vid.*, JASPERSEN, «Hypothetical surveys and experimental studies of insurance demand: a review», *Journal of Risk and Insurance*, 2016, vol. 83, n.º 1, pp. 217 y ss. La investigación evalúa muchos temas importantes y variados, incluida la demanda de seguros en diversas situaciones, patrones de comportamiento como las reacciones al encuadre, la tendencia a tomar decisiones de forma aislada y la validez predictiva de teorías completas de toma de decisiones. Sin embargo, la investigación experimental sobre la demanda de seguros no está exenta de complicaciones.
51. Entre otros, véase nuestra reciente aportación VEIGA COPO, *Comentarios prácticos a la Ley del Contrato de Seguro. A los cuarenta años de su promulgación (1980-2020)*, Cizur Menor, 2020, sobre todo al analizar los artículos 1 a 3.

cuando menos, del contrato mismo⁵². Una inclusión que, en todo caso y siempre, ha de ser absolutamente neutra y tuitiva de la parte débil contractual⁵³.

Pero la misma no puede estar desapegada de una realidad, cambiante, dinámica, evolutiva que está estirando los marcos configuradores del propio seguro. Superando estigmas, preconcepciones, limitaciones⁵⁴. El seguro avanza, se renueva, se adapta y configura perfiles⁵⁵. En no pocos ámbitos estamos asistiendo en cierto modo a

52. Clave y abordando esta cuestión en el contrato de seguro, el trabajo doctoral de HADDAD, *Les notions de contrat d'assurance* [Université Panthéon-Sorbonne - Paris I, 2017], <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-01825804/document>, pp. 31 y ss.

53. Sobre esa neutralidad legal del seguro, retrospectivamente, y asociando viejas leyes del seguro en pro de la defensa de los intereses de las aseguradoras, *vid.*, WITTS/JORDAN/BUTLAND, «A general introduction to insurance disputes in United Kingdom», 27 septiembre 2024 [https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=5c607816-f0fe-4ef6-b3a1-42f435743957&utm_source], cuando nos recuerdan como tradicionalmente, se ha considerado que el derecho de seguros inglés es favorable a las aseguradoras y, como resultado, Inglaterra y Gales han sido vistos como una jurisdicción favorable a las aseguradoras en materia de disputas sobre seguros. En gran medida, esto es producto de la historia jurídica inglesa, y muchos de los avances más importantes en el derecho de seguros inglés se produjeron en el contexto del seguro marítimo o riesgos similares en el extranjero. Hasta 2015, la ley principal en el derecho de seguros inglés seguía siendo la Ley de Seguros Marítimos de 1906 (gran parte de la cual también se aplicaba a los seguros no marítimos). Para esos riesgos, durante ese período de la historia, la asimetría informativa entre el asegurado y la aseguradora era especialmente aguda. Para resolver esa asimetría, el derecho de seguros inglés impuso onerosos deberes de divulgación y cumplimiento de las garantías al asegurado, con consecuencias potencialmente drásticas en caso de incumplimiento, incluso si era totalmente inocente.

Sin embargo, ese desequilibrio histórico fue parcialmente corregido por la Ley de Seguros de 2015. La Ley reformuló el deber de divulgación del asegurado y la capacidad de las aseguradoras de convertir las declaraciones precontractuales en garantías, y estableció un nuevo régimen de recursos proporcionados para las aseguradoras.

54. Nos habla SOBRINO, *Seguros y el código civil y comercial*, 2.^a ed., Buenos Aires, 2018, p. 206, de la ontología del lenguaje respecto al uso de la denominación de contrato en ciertos casos, que va más allá de una mera cuestión semántica. Y donde en un determinado momento hace referencia a un claro interrogante, a saber, el contrato de seguros: ¿es un «contrato»?

55. Piénsese por ejemplo el impacto del seguro en la lucha contra el cambio climático, pero en los que el seguro juega y, de hecho, es, un activo clave, cuyas recuperaciones deben maximizarse para ayudar a reconstruir después de un evento climático severo. Como bien se ha dicho, OEHNINGER/KONKEL/ZEVNIK/DIAZ, «Leveraging insurance to recover from severe weather», 29

una suerte de *crisis de asegurabilidad*⁵⁶. Mas, ¿está cambiando el marco

de septiembre de 2022 [https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=5c-ffc112-0950-4286-acf1-140fa2b760e1&utm_source= comprender cómo hacerlo «puede ser un proceso complejo lleno de desafíos ocultos, pero aprovechar toda la cobertura de seguro disponible y preservar y perseguir reclamos de manera efectiva son los primeros pasos cruciales hacia la recuperación. A continuación, se presentan cinco pasos clave para ayudar a preservar y maximizar las recuperaciones de seguros después de un desastre natural.

Ubicar y revisar cuidadosamente todas las pólizas de seguro potencialmente aplicables es un primer paso fundamental para buscar la recuperación de las pérdidas del titular de la póliza. La fuente más probable de cobertura provendrá de las pólizas de propiedad comercial y de interrupción de negocios propias de una empresa. Estas pólizas, que pueden comercializarse bajo una variedad de nombres diferentes por diferentes aseguradoras, generalmente contienen las siguientes coberturas clave:

- *Los daños a la propiedad* generalmente cubren la pérdida física o el daño a las instalaciones comerciales y otras propiedades que el titular de la póliza posea o alquile.
- *El seguro de elemento de tiempo/interrupción comercial* se refiere a la cobertura de pérdidas resultantes de la incapacidad de usar la propiedad dañada para sus usos normales, incluida, por ejemplo, la pérdida de ingresos o ganancias.
- *La cobertura de elemento de tiempo contingente* asegura contra la interrupción del negocio o pérdidas por gastos adicionales causadas por pérdidas físicas, daños u otras interrupciones a un proveedor, cliente u otra parte en una cadena de suministro.
- *Los gastos* adicionales cubren los gastos adicionales incurridos en exceso de los costos operativos regulares para continuar o reanudar las operaciones normales o mitigar pérdidas mientras la pérdida o daño a la propiedad está en curso o se está reparando, reemplazando o abordando de otra manera.
- *La interrupción del servicio* generalmente cubre los daños a la propiedad y los bienes, así como las pérdidas de ingresos causadas por la interrupción de los servicios públicos en las instalaciones cubiertas, lo que a menudo requiere pérdidas físicas o daños en las instalaciones del proveedor de servicios públicos.
- *El seguro de ingreso/egreso* brinda cobertura por las pérdidas sufridas cuando el acceso hacia y desde una propiedad asegurada se ve impedido por daños físicos, es decir, inundaciones o la caída de un árbol que impide la entrada.
- *La Autoridad Civil* generalmente cubre las pérdidas que resultan de una orden de la autoridad gubernamental que interfiere con las operaciones comerciales normales».

56. Por esta vía apuntan BERESFORD/LAWRENCE/KREBS/RANZ/SHAH, «Climate change and insurability: a growing challenge for the insurance sector», 15 de octubre de 2025 [<https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=ae-2dbff0-8018-4e61-a7e2-a8232118a792&utm>] quienes aseveran:

«El cambio climático está influyendo en el panorama de la responsabilidad civil, y las aseguradoras se enfrentan a desafíos cada vez mayores. El aumento de los litigios y la creciente preocupación por la asegurabilidad, especialmente en zonas de mayor riesgo, contribuyen a un entorno más complejo.

y el escenario o las reglas de juego del mercado de seguro, y si esto es así, que lo parece, quién está dictando las nuevas pautas y normas?

Es indudable que el seguro ha estado presente en una economía y en una sociedad a través de múltiples canales, instrumentos y productos⁵⁷. Pero de una sociedad analógica estamos pasando a una digital, quizá algo ya caduca, para entrar de lleno en una sociedad absolutamente algoritmizada. La pregunta que hemos de hacernos sobre el seguro, sobre el contrato y su función, es si lo sigue estando, amén de su grado de eficiencia y eficacia. De un modo directo, incluso indirecto, surgen incluso canales como una sociedad cautiva⁵⁸. Incluso se reinventa ante nuevos

A medida que los tribunales amplían su escrutinio de la conducta corporativa en materia climática y aumentan las expectativas regulatorias, las aseguradoras deben adaptar sus estrategias de suscripción para abordar tanto los riesgos legales emergentes como la volatilidad de un mercado que cambia rápidamente. ... El panorama de la política climática canadiense es actualmente inestable, con iniciativas clave como la fijación de precios del carbono y los mandatos de vehículos eléctricos en revisión. Si bien los litigios climáticos son incipientes, las demandas contra los gobiernos están cobrando impulso y aumenta la presión para que se tomen medidas contra actores privados. La crisis de asegurabilidad es particularmente grave en Canadá, donde el 10 % de los hogares están altamente expuestos a inundaciones, pero carecen de acceso a seguros contra inundaciones.

A nivel mundial, las pérdidas aseguradas relacionadas con el clima han superado los 100 000 millones de dólares anuales desde 2020, y las proyecciones para 2025 superan los 200 000 millones. Esto ha provocado un aumento de las primas y una menor disponibilidad de cobertura, especialmente en regiones de alto riesgo como California, Florida y algunas partes de Canadá. En el Reino Unido, las primas promedio de los seguros de hogar aumentaron un 20 % en 2024».

57. El impacto que la tecnología tiene, la forma de realizar las preguntas en los formularios, la digitalización de estos, el calibrado del valor semántico de estas y de las respuestas es objeto ya de estudio tanto teórico como judicial. *Vid.*, el caso *Ristorante Limited v Zurich Insurance Plc* [2021] EWHC 2538, y el valor a respuestas tan genéricas como «estoy de acuerdo», o «no estoy de acuerdo». Comentado este fallo véase el trabajo de BELL, «Asking the right underwriting questions in the digital age», 20 noviembre de 2024 [https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=a76e0582-ac69-4eb3-bcfe-dec1e41db57d&utm_source].
58. Como bien se ha dicho, las compañías de seguros cautivas se utilizan principalmente para optimizar la cobertura de seguros, reducir los costos de la cobertura de seguros, tener primas de seguros deducibles de impuestos (a diferencia de las contribuciones no deducibles a las reservas de capital) en la compañía asegurada, obtener acceso al mercado de reaseguros y posiblemente «agrupando» la demanda de cobertura de seguros del grupo, obtener mejores tarifas en el mercado de reaseguros o encontrar cobertura de seguros para «riesgos difíciles de colocar», por ejemplo, riesgos cibernéticos, riesgos elementales, riesgos que están excluidos en la cobertura de seguros que se

riesgos, nuevos daños y productos de seguro igualmente novedosos⁵⁹.

encuentran en el mercado o hacer frente a otras restricciones como las sanciones. *Vid.*, entre otros, la definición de TREMURICI/KUEPPERS, «Captive insurance companies», 3 de octubre de 2024 [https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=2ea1400e-4ae8-4e00-adda-2e094f4c2a55&utm_source=Lexology+Daily+Newsfeed&utm_medium=].

El 2 de julio de 2024, la AESPJ emitió un dictamen sobre la supervisión de las empresas de seguros y reaseguros cautivas, centrándose en las transacciones intragrupo (especialmente la agrupación de efectivo), en la aplicación coherente del principio de persona prudente y en los aspectos relacionados con la gobernanza en relación con las funciones clave y los requisitos de externalización. El objetivo de este dictamen es facilitar una supervisión proporcionada y basada en el riesgo de las empresas de seguros y reaseguros cautivas y armonizar aún más las expectativas de supervisión en las áreas abordadas, en el contexto de la creación de unas condiciones de competencia equitativas dentro de la UE. Si bien es necesaria una mayor convergencia de las prácticas de supervisión, las autoridades nacionales competentes (ANC) pueden tener en cuenta las especificidades nacionales del sector de seguros y reaseguros cautivos al aplicar los principios contenidos en este dictamen.

59. En 2021, el Tribunal de Distrito de La Haya hizo historia en el caso *Milieudefensie et al v Shell Plc* al ordenar a Shell reducir sus emisiones de CO₂ en un 45% para 2030 en comparación con los niveles de 2010 y a cero para 2050. Fue la primera vez que un tribunal nacional ordenó a una empresa privada, en lugar de un estado, reducir las emisiones de acuerdo con el Acuerdo de París, y la decisión provocó una serie de demandas por parte de activistas climáticos de todo el mundo. En una sentencia muy esperada, el Tribunal de Apelación de La Haya ha revocado la histórica decisión, sosteniendo que Shell no tiene una obligación específica de reducción. Ahora bien, ante esta situación, ¿qué y cuál ha de ser la actuación y comportamiento de los administradores y directivos de una sociedad mercantil y qué rol juega el seguro D&O? respondiendo a estos interrogantes, señalan BERRY/HYNES, «*Milieudefensie v Shell — Shell's appeal upheld, but don't judge a book by its cover*», 16 de diciembre 2024:

«Algunos puntos clave que las empresas y sus directores deben tener en cuenta sobre esta última decisión importante y su probable impacto.

1. Las empresas tienen amplias obligaciones para combatir el cambio climático

A pesar de su decisión de revocar la sentencia de primera instancia, el Tribunal de Apelación holandés fue claro al señalar que todos, incluidas las empresas privadas, tienen la responsabilidad de tomar medidas para combatir el cambio climático. Algunas empresas pueden estar sujetas a estándares más altos de reducción de emisiones que otras. El Tribunal sostuvo que las empresas que han contribuido particularmente a la crisis climática, por ejemplo, las compañías de petróleo y gas como Shell, tendrán una mayor obligación de reducir las emisiones.

Cabe señalar que ya no basta con que las políticas climáticas corporativas cumplan con la legislación ambiental vigente. El Tribunal sostuvo que el cumplimiento de las obligaciones legislativas existentes no impide que las empresas tengan un deber de cuidado independiente para reducir sus emisiones, y afirmó que “*las medidas adoptadas por el legislador para reducir las emisiones de CO₂ no son exhaustivas en sí mismas*” (párrafo 7.53). Rechazó el argumento de Shell de que corresponde al legislador y no a los tribunales civiles tomar decisiones que exijan a las empresas reducir las emisiones.

2. La protección contra el cambio climático es un derecho humano

El Tribunal de Apelaciones de los Países Bajos analizó y se basó en los principios de diversas decisiones de todo el mundo que establecen la protección contra el cambio climático como un derecho fundamental, por ejemplo, *Urgenda, Verein Klimasenioren Schweiz v Switzerland, Held v State of Montana* y una sentencia del Tribunal Supremo Federal de Brasil que establece que los tratados sobre el cambio climático son una especie de tratados sobre derechos humanos. El Tribunal concluyó: “no puede haber ninguna duda de que la protección contra el cambio climático peligroso es un derecho humano” (párrafo 7.17).

El Tribunal sostuvo que las empresas tienen la obligación de proteger los derechos humanos y puso énfasis en los “instrumentos de derecho blando” como los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos y las Directrices de la OCDE sobre Conducta Empresarial Responsable, afirmando que pueden “tener un impacto en las relaciones de derecho privado al dar contenido a estándares abiertos, como el estándar social de cuidado”. Es significativo que el Tribunal haya reconocido que las áreas del derecho público pueden influir en un estándar de cuidado jurídicamente vinculante en el derecho privado, y está claro que las empresas deben estar preparadas para que cualquier incumplimiento de sus obligaciones en materia de cambio climático también se considere una violación de los derechos humanos en el futuro.

3. Los objetivos de reducción de emisiones internas son clave

Shell pudo demostrar que había establecido objetivos internos rigurosos en relación con sus emisiones de alcance 1 y alcance 2 (es decir, emisiones de fuentes que Shell posee o controla, y emisiones que Shell causa indirectamente a partir de la energía que compra y utiliza, como la electricidad) y que ya estaba en vías de cumplir esos objetivos. El Tribunal consideró los siguientes factores:

–Shell había establecido su propio objetivo específico de reducción del 50% en 2030 en relación con los niveles de 2016.

–Shell pudo demostrar que ya estaba en camino de cumplir el objetivo de reducción del 45% de sus emisiones de Alcance 1 y Alcance 2 (habiendo logrado ya una reducción del 31% en comparación con 2016), de modo que no existía la necesaria “amenaza de violación de una obligación legal”.

–Shell se había comprometido a alcanzar sus objetivos en varios documentos, incluido su plan de negocios y presentaciones ante la SEC.

–Shell había descrito específicamente cómo alcanzaría estos objetivos en documentos públicos.

El Tribunal claramente dio un peso considerable a estos factores al decidir revocar la orden de reducción de emisiones del Tribunal de Distrito para las emisiones de Alcance 1 y Alcance 2. Es crucial, cuando las empresas tienen obligaciones de mitigar el daño ambiental, asegurar que se implementen los objetivos apropiados y que el progreso hacia ellos se mida (y registre) de manera continua.

4. Es necesario desarrollar la comprensión científica del cambio climático, en particular en lo que respecta a las emisiones de Alcance 3.

La decisión de primera instancia exigió a Shell limitar todas las emisiones de CO₂, incluidas las emisiones de Alcance 3 (es decir, las emisiones generadas por el uso de productos vendidos por Shell en la cadena de valor de Shell, incluidos los usuarios finales de productos de petróleo y gas). El intento de obligar a Shell a limitar sus emisiones de Alcance 3 fue particularmente controvertido. También fue muy significativo: el 95% de las emisiones declaradas de Shell consisten en emisiones de Alcance 3, lo que significa que probablemente sería necesario un cambio en su modelo de negocios para lograr una reducción del 45% en las emisiones de Alcance 3.

El Tribunal de Apelación desestimó de plano el argumento de Shell de que no tiene control sobre las emisiones de Alcance 3, reiterando que se presupone la responsabilidad corporativa. Sin embargo, consideró que la orden impuesta no era lo

Quid con los seguros de riesgo de litigios o los seguros contra sentencia adversa, los seguros postevento?⁶⁰.

Como también lo hace, paralelamente, la «cultura de la reclamación»⁶¹. Piénsese a título meramente ejemplificativo del auge que en

suficientemente específica para el caso y era particularmente problemática en lo que respecta a las emisiones de Alcance 3 después de considerar una serie de escenarios hipotéticos, entre ellos:

–Donde Shell comenzó a suministrar gas a una empresa que anteriormente obtenía su energía del carbón, lo que generó un aumento en las emisiones de Alcance 3 de Shell pero menores emisiones globales de CO₂.

–Si Shell dejara de comercializar parcialmente combustibles fósiles de terceros, simplemente sería reemplazada por otra empresa en la cadena de valor, lo que significa que no hay pruebas suficientes de una relación causal entre una limitación de ventas y una reducción de las emisiones de CO₂».

60. El Seguro de Sentencia Adversa (**SAD**) está diseñado para cubrir el riesgo financiero asociado a la pérdida de un litigio por parte del demandado. Generalmente se aplica a litigios pendientes o previsibles y se activa únicamente tras el dictado de una sentencia firme e inapelable. La póliza incluye un deducible que limita la exposición del asegurado a un monto predefinido, transfiriendo así el riesgo restante a la aseguradora. Así, FÖRSTER/HENRICH/STÖGER, «Litigation risk insurance: an emerging component of corporate risk management», 15 octubre 2025 [https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=5f992856-d59c-4204-b41b-e760e41dbcd8&utm_source]. Por su parte, Seguro de Preservación de Sentencia (**JPI**) está diseñado para proteger a los demandantes que han obtenido una sentencia favorable en un proceso judicial. Proporciona cobertura en caso de que un tribunal superior revoque o reduzca la cantidad otorgada durante el proceso de apelación. Sujeta a un deducible, la póliza garantiza que el demandante conserve (al menos) una parte mínima de la indemnización original, incluso si la sentencia se revoca parcial o totalmente. Este tipo de seguro es especialmente valioso en litigios de alto riesgo, donde el riesgo de apelación puede afectar significativamente la planificación financiera y la toma de decisiones estratégicas. Al mitigar la incertidumbre de los resultados de las apelaciones, JPI permite a los demandantes considerar las sentencias como activos financieros con un valor más predecible.

61. Como botón de muestra, véase, por ejemplo respecto de los seguros de manifestaciones y garantías, la reciente aportación de SCHLEIS/SCHMITT, «W&I Insurance Claims on the Rise», de 26 de julio de 2020 [<https://ma-review.com/wi-insurance-claims-on-the-rise/>], donde se relata como «The private equity house, FSN Capital, announced that it had received EUR 50 million in compensation for damages under a warranty and indemnity liability insurance policy resulting from errors in the financial statements of a target company which they had acquired in an M&A transaction. It was shortly after completion of the transaction, that material misstatements in the financial statements were discovered leading to a significant drop in the target company's EBITDA. According to the claim of FSN Capital, the seller had provided "false and misleading" information in the due diligence process violating warranties included in the share purchase agreement». Por su parte, TAPIA HERMIDA, «La responsabilidad civil sanitaria y su aseguramiento. Novedades en la jurisprudencia de

algunas experiencias ha recibido el seguro a corto plazo. Un seguro o forma de seguro que ofrece cobertura a corto, y que cubre lagunas en la cobertura existente o que proporciona cobertura durante un periodo corto de tiempo que permite al asegurado obtener una solución a largo plazo óptima como sería un seguro de viaje en coche o de viaje de un solo trayecto⁶².

El mundo del seguro no es estático, al contrario. Sufre un genuino proceso de metamorfosis y evolución constante, nuevos seguros, riesgos, siniestros ignotos hasta hace bien poco⁶³. O incluso nuevos

la Sala Primera de lo civil del Tribunal Supremo. Acción directa y pérdida de oportunidad», *Dimensiones y desafíos del seguro de responsabilidad civil* [VEIGA (Dir.)], Cizur Menor, 2021, pp. 143 y ss., p. 144 afirma: «... vemos cómo, en las sociedades desarrolladas, se extiende, día tras día, una suerte de “cultura de la reclamación” que se manifiesta, entre otras formas, mediante un incremento sostenido de las reclamaciones de responsabilidad civil a los profesionales y ello tanto en sentido cuantitativo, porque cada vez es mayor el número de tales reclamaciones y su cuantía; como en sentido cualitativo, porque la responsabilidad civil tanto empresarial como profesional tiende a objetivarse como consecuencia de la mera explotación de dichas actividades empresariales y profesionales».

62. Seguros en los que el algoritmo y la inteligencia artificial están ya desplegando un rol determinante. Así, señala RICHARDSON, «Latest short-term insurance trends», 23 de septiembre de 2024 [<https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=e84f2feb-d687-4ef9-974b+>], cómo «Los costos de suscripción y administración de pólizas representan una de las barreras más importantes para los seguros a corto plazo, ya que pueden ser desproporcionados en relación con el monto en riesgo. Sin embargo, a medida que la IA (y la suscripción algorítmica en general) se vuelva más precisa y sofisticada, es probable que los costos de suscripción y administración de pólizas se reduzcan. La clave para esto será que las aseguradoras se aseguren de que sus conjuntos de datos sean lo suficientemente sólidos».

63. Uno de esos riesgos, ha venido, sin duda, como consecuencia del Covid 19, del crecimiento del seguro de pérdidas empresariales. Significativamente el trabajo de KNETSCH, «Assurance et pandémie. Rapport allemand», *La crise sanitaire: la responsabilité et l'assurance* [LETE (Coord.)], Bruxelles, 2024, pp. 465 y ss., p. 468 cuando ejemplifica como el *Betriebsschließungsversicherung* no era apenas conocido y un ramo en todo caso muy minoritario. En cierto modo, nos recordaba GÜNTHER, «Betriebsschließungsversicherung wegen Covid-19», NJW, 2022, pp. 818 y ss., como ni siquiera había suscitado este seguro hasta ese momento ni en jurisprudencia ni en la doctrina interés pudiendo afirmarse que era un ramo *Schatenndasein*. Impasse que también marca la jurisprudencia. Véase en los tribunales norteamericanos el posicionamiento de la Corte Suprema de Carolina del Norte cuando sostiene que las restricciones de la era de la pandemia sobre el uso de la propiedad constituyen una «pérdida física directa» para la propiedad. Así, en el caso *North State Deli, LLC v. The Cincinnati Insurance Company*, la Corte Suprema se puso del lado de un grupo de restaurantes de

lineamientos o parámetros que estiran conceptos, institutos o redefinen viejas prácticas y su interpretación⁶⁴. Y en los que la aleatoriedad misma del contrato queda en entredicho y máximo al albur e impulso de las nuevas tecnologías⁶⁵. Qué decir de la irrupción de una pandemia y su aseguramiento amén de su transversalidad e impacto en las coberturas ordinarias de otros seguros, significativamente, el de pérdidas de beneficios, pero también en otros de personas, o de responsabilidad civil⁶⁶.

Carolina del Norte que buscaban un seguro por interrupción de negocios por las pérdidas que sufrieron debido a la pandemia de COVID-19. En concreto, el tribunal sostuvo que esos restaurantes sufrieron una «pérdida física directa» de la propiedad, como se utiliza esa frase en sus pólizas de propiedad comercial, cuando las órdenes gubernamentales por la COVID-19 restringieron el uso y acceso de los restaurantes a su propiedad, lo que resultó en la suspensión de sus operaciones y la pérdida de ingresos. Al llegar a esta conclusión, la Corte Suprema de Carolina del Norte se unió a la Corte Suprema de Vermont como la única otra corte suprema estatal que ha fallado a favor de los asegurados sobre la cuestión de la cobertura del seguro por interrupción de negocios por la COVID-19.

64. **Una reciente decisión de la Inner House of the Court of Session ha transformado el panorama jurídico escocés en torno a las garantías colaterales y la prescripción. En el caso *Legal and General Assurance (Pensions Management) Ltd v The Firm of Halliday Fraser Munro and Others* [2025] CSIH 24, el tribunal sostuvo que una garantía otorgada años después de la finalización de un edificio, y tras haber cambiado de manos dos veces, aún podía dar lugar a un nuevo plazo de prescripción de cinco años. Para el tribunal, la garantía colateral era válida y ejecutable a pesar de haber sido otorgada después de la compra. Y en ello en base a: (a) Las reclamaciones relacionadas con el sistema de pintura se presentaron en el plazo previsto, dentro de los cinco años siguientes a la vigencia de la garantía colateral. (b) Las reclamaciones por aislamiento de plafón potencialmente habían prescrito, pero podrían proceder a una audiencia probatoria según la sección 11(3) debido a la demora en el descubrimiento. (c) No se aplicó el artículo 6(4) porque no se había probado ninguna inducción a error. (d) La garantía no incluía una redacción que limitara la responsabilidad al contrato original (como «ningún deber mayor que el debido al empleador»), por lo que se trató como una nueva obligación a partir de 2014. *Vid.*, ARNOTT/KILBURN/MATTHEW/PENDER, «Collateral warranties and time-bar: a new risk for contractors?», 16 de septiembre de 2025 [https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=b3324b90-a794-477e-a455-78990810842f&utm_source].**
65. *Vid.*, respecto del seguro de vida, el trabajo de NICOLAS, «Nouvelle définition du contrat aléatoire et contrats d'assurance: pour un rattachement au droit des affaires?», *Mélanges Ph. Neau-Leduc. Le juriste dans la cité*, Paris, 2018, pp. 745 y ss.
66. Entre otros, nuestras aportaciones VEIGA COPO, *Contrato de seguro y pandemia. Homenaje a la profesora María Luisa Aparicio*, Cizur Menor, 2020; VEIGA COPO, *Seguro de pérdidas de beneficios por interrupción de la actividad*, Cizur Menor, 2020; VEIGA COPO, *Guía práctica del seguro ante el Covid-19*, Cizur Menor, 2020.

Esto nos lleva, irremisiblemente, a un plano mayor o más abstracto, a saber, perimetrar hasta dónde llega en verdad la libertad contractual y la tipicidad misma del contrato de seguro a la hora de crear nuevos productos y canalizarlos hacia el consumidor final. Tutela, transparencia e información son y conforman una perfecta simbiosis no siempre respetadas no logradas en el seguro⁶⁷. Mas ¿es correcto seguir catalogando el seguro como un producto jurídico, un «*Rechtsprodukt*»?⁶⁸.

¿Existe, acaso, un único tipo legal de contrato de seguro o por ejemplo las nuevas tecnologías y significativamente Insurtech, están rompiendo este viejo molde de tipificación legal del seguro?⁶⁹. Y al hilo de este interrogante, una pluralidad de ellos entrelazados y a los que hay que ir dando y ofreciendo respuesta y seguridad jurídica.

Piénsese, además, en el mero hecho de si una firma digital individualiza y permite jugar con esa presunción de cognoscibilidad de todas y cada una de las cláusulas limitativas, por no constatar ahora

67. Como bien apunta CAMEDDA, *Gli obblighi precontrattuali nel mercato assicurativo: caratteri e rimedi*, Torino, 2024, p. 7 «le regole di trasparenza e di informazione non sono idonee a garantire una tutela sostanziale degli interessi divisati dalle parti in quanto si limitano a definire le “regole del gioco” all’interno del mercato, senza, però, scongiurare in radice né il rischio della circolazione di prodotti potenzialmente pregiudizievole per i clienti né che queste ultimi, a causa del divario di potere economico e negoziale che li separa dalla controparte contrattuale, si determinino compunque a stipulare contratti non convenienti».

68. No han sido pocas las ocasiones en que hemos traído a colación este interrogante y esta afirmación de Dreher y su obra de 1991. Más recientemente y sin ambages, PERNER, *Privatversicherungsrecht*, 2ª ed., Wien, 2024, p. 5, quien se pregunta: «Was rechtfertigt dann die Einordnung des Privatversicherungsrechts als Sonderprivatrecht? Y responde: “Die Antwort hat Dreher mit seiner Arbeit ‘Die Versicherung als Rechtsprodukt’ geliefert. Tatsächlich unterscheidet sich die Versicherung deutlich von anderen — vor allem: körperlichen — Produkten, die am Markt gehandelt werden. Anders als ein Auto kann die Versicherung nicht Probe gefahren werden, anders als ein Kleidungsstück kann sie nicht anprobiert werden”».

69. Es este un debate mayor sobre todo el de incardinar o no en ese esquema de tipicidad legal las nuevas formas de contratación y, sobre todo, de ejecución del contrato de seguro que, en la era digital cambian la morfología completamente del seguro tal y como hasta el presente lo hemos entendido. No le falta razón desde el fundamento mismo del contrato y su estudio al profesor CASTANHEIRA NEVES, *Metodología jurídica — problemas fundamentais*, Coimbra, 1993, p. 271 cuando al analizar precisamente la situación de ese rompimiento o no de marcos tipificadores afirmaba:

«el derecho se manifiesta funcionalmente siempre como analogía ..., sea (en el plano legislativo) entre la idea del derecho, con sus principios normativos y los casos concretos legislados, sea (en el plano judicial) entre la norma y la realidad decidida».

mismo, la efectividad real en el conocimiento de tomador y asegurado en caso, de firmar, hoy como ayer, sea analógica sea digital, unas cláusulas que simplemente son ignoradas, desconocidas, etc.

En este punto, véase la sentencia de la Audiencia de Zaragoza de 1 de julio de 2024 que cuestiona precisamente la validez o no de la firma electrónica en la misma medida que la manuscrita de cada a la individualización de la firma en todas y cada una de las cláusulas limitativas del seguro de automóvil⁷⁰.

O dicho de otro modo, si las aseguradoras llevan a cabo sus actividades a partir de los concretos ramos de seguros en lo que este se materializa, la creación de nuevos seguros no puede romper, *a priori*, este esquema, ni tampoco flexibilizar los contenidos o elementos esenciales que todo seguro imbrica *ad intra*, por lo que crear un concreto contrato de seguro o producto, significa, *a priori*, hacerlo dentro del tipo legal que la norma del seguro traza, si bien, conforme a la estructura jurídica y régimen que la misma preceptúa, habida cuenta que la misma única y exclusivamente ha regulado, y no de un

70. En los hechos, considera la aseguradora que ese riesgo no está cubierto en el seguro de automóvil al constar explícitamente su exclusión en una cláusula concreta. Y el conductor asegurado se opone pues dice que esa cláusula es limitativa, que no se le informó de ella y que no la aceptó expresamente pues no llegó a disponer de la póliza y no llega a firmarla, impugnando el certificado del prestador de servicio de la contratación electrónica. La sentencia de primera instancia acredita la corrección del proceso de contratación y la firma que tuvo lugar mediante la introducción de un código PIN facilitado por la aseguradora al teléfono del tomador. Y por tanto la cláusula limitativa de derechos, que es clara, directa, resaltada tipográficamente está firmada electrónicamente.

La Audiencia examina si esa firma cumple los mínimos que exige la jurisprudencia para la aceptación de las cláusulas limitativas de derechos. Es decir, que equivalga a la firma expresa de los mismos. El criterio de la doble firma. En el caso, se manda un PIN y con él se firman todos los documentos, esto es; las condiciones particulares, las generales, las limitativas, los Estatutos y el PID. Es decir, no existe individualización de la firma de las cláusulas limitativas. Y aunque la firma electrónica es perfectamente válida, el método y el desarrollo cronológico de la misma han de permitir su individualización, lo que en este caso concreto no se desprende del informe del citado prestador de servicios de confianza. Y así considera el Tribunal que esta firma no cumple con la individualización que requiere la citada jurisprudencia. Precisamente, la duplicidad de firmas es el elemento externo que permite inferir que el tomador ha constatado la existencia de límites a la cobertura de las condiciones particulares.

modo completo, —otra cuestión es la incomplicidad de los contratos—, el contrato de seguro⁷¹.

Vive una permanente transformación y adaptación a los cambios, a las necesidades de asegurados, a nuevas operaciones de seguro y comercialización⁷². Ámbitos marcados en el momento presente por la

71. En este marco afirma GOMES RAMOS, *O contrato de seguro*, cit., p. 11 como el contrato de seguro, es menester reconocerlo, no es una invención del legislador, pero sí el resultado de una centenaria praxis empresarial que ha ido moldeando los caracteres socialmente típicos. Y es, precisamente, en la experiencia empresarial de las cláusulas contractuales generales en las que se destaca una relevante comprensión, de orden práctica, la libertad contractual, en particular en los seguros de masa. Y es justamente esto lo que hace que nos interpelemos sobre lo que significa el principio de libertad contractual en una experiencia histórica de contratación que, de facto, elimina la negociación individualizada de las condiciones del seguro.

72. Pensemos en los seguros W&I y el espectacular desarrollo y transformación que están viviendo y a la vez redefiniendo los parámetros del riesgo y el seguro en sí. *Vid.* WEGENER/STÜBEN, «Risiken und Folgen von Angaben “ins Blaue hinein” im Rahmen der W&I-Versicherung», *NZG*, 2024, Heft 29, pp. 1354 y ss. Y afirman en p. 1357:

«En el marco de la autonomía contractual vigente, las partes pueden eximirse contractualmente de responsabilidad por declaraciones inesperadas sobre promesas de garantía. Esto es aún más cierto si se tiene en cuenta que, en los contratos de compraventa de empresas, las partes suelen excluir en gran medida los derechos de garantía legales y los sustituyen por su propio régimen contractual. En la práctica, la correspondiente exclusión de responsabilidad por declaraciones inesperadas suele darse mediante cláusulas según las cuales las garantías representan una mera distribución de riesgos entre las partes y, debido a la falta de garantía de una condición determinada, no se consideran declaraciones inesperadas.

Esto podría contradecirse por el hecho de que, según el § 276 III y § 444 BGB responsabilidad por dolo o malicia así como derecho de resolución según § 123 del BGB solo podrá excluirse con carácter retroactivo en caso de fraude por parte del vendedor. Sin embargo, excluir la responsabilidad por intención per se, sino definir los límites del régimen de responsabilidad creado independientemente por las garantías contractuales. Las garantías generalmente se basan en una base fáctica incierta, lo cual es de suma importancia para el éxito de la transacción. Las partes son conscientes de esta base fáctica incierta al acordar las garantías y la aclaran mediante la asignación del riesgo. Esto no significa que existan motivos de protección de la confianza legítima que impidan la admisibilidad de esta disposición. Esto es particularmente cierto porque el acuerdo contractual establece la transparencia del criterio entre las partes para verificar la exactitud de las garantías. En el caso de las garantías, el comprador suele ser consciente de que el vendedor carece de ciertos conocimientos, lo que significa que la responsabilidad por declaraciones realizadas “de improviso” ni siquiera es una opción. Esto debe distinguirse claramente del caso en que el vendedor realiza declaraciones falsas fraudulentas al comprador para inducirlo a celebrar el contrato. Este caso ya no forma parte del acuerdo de las partes sobre la distribución de riesgos. Si bien en la práctica las aseguradoras W&I generalmente aceptan dichas cláusulas, lo que significa que el vendedor no está expuesto a responsabilidad de recurso, no existe un fallo de la Corte Suprema sobre este asunto. En caso de que el BGH determine

irrupción e impacto de la inteligencia artificial y el *big data*. Con ello, sin embargo, la línea que define, perfila y perimetra a este contrato, en cierto modo, se está diluyendo⁷³.

Qué decir igualmente de los seguros cibernéticos, o de los seguros sobre robots, sobre drones, o sobre artefactos espaciales o, incluso sobre contingencias fiscales y pasivos contingentes. O de las responsabilidades subsidiarias y los seguros subsidiarios en ese entrelazamiento necesario y del que son paradigmáticas dos sentencias recientes del Supremo, la de 12 de diciembre de 2019 o la más conocida en el ámbito de los seguros D&O de 29 de enero de 2019 y la responsabilidad subsidiaria de los asegurados, a la sazón, administradores de una sociedad ante el impago de una deuda tributaria⁷⁴.

Recuérdese que un seguro subsidiario es aquel que despliega sus efectos cuando no existe otra garantía aseguradora que cubra el daño acaecido, pero también es aquel seguro que va a actuar cuando la cuantía del límite indemnizatorio de un seguro queda consumido y este opera en exceso subvirtiendo el seguro antecedente o primario que no ha completado el resarcimiento o reparación del daño sufrido. El problema es, como bien se ha afirmado, el alcance y refrendo de la cláusula de subsidiariedad⁷⁵.

una violación del § 276 III o § 444 BGB, el vendedor no podía basarse en este acuerdo. En tal caso, la responsabilidad de recurso solo se excluiría mediante una defensa de buena fe por parte del vendedor en virtud del § 242 del BGB, siempre que el contrato de compraventa de la empresa, que incluye la póliza de seguro de vida e ingresos, se haya celebrado antes de la sentencia del Tribunal Federal de Justicia. Si las partes y la aseguradora asumieron la validez del contrato tipo y la aseguradora de seguro de vida e ingresos también aceptó la cláusula, no se puede asumir que su derecho de recurso merezca protección».

73. En este punto FRANZONI, «L'operazioni assicurativa», *Diritto delle assicurazioni* [FRANZONI (a cura di)], Torino, 2016, pp. 1 y ss., p. 3, donde analiza cómo ha basculado la finalidad del seguro de vida y su función «previndenziale» a otra más especulativa.
74. Magistrat el estudio sobre esta responsabilidad y seguro subsidiario de PAVELEK «Responsabilidad subsidiaria y seguro subsidiario», *Dimensiones y desafíos del seguro de responsabilidad civil* [VEIGA (Dir.)], Cizur Menor, 2021, pp. 93 y ss., sobre todo a partir de pp. 96 y ss., donde analiza las diferentes categorías de responsabilidades subsidiarias.
75. Con acierto sostiene PAVELEK «Responsabilidad subsidiaria y seguro subsidiario», *Dimensiones y desafíos del seguro de responsabilidad civil*, cit., p. 136, cómo este tipo de cláusulas ha sido muy cuestionado dependiendo su aceptación de cada caso concreto y de la propia redacción de la misma. La STS 244/2005 de 14 abril concluyó dictaminando que:
 «Y por lo que hace referencia al examen directo de la cláusula, procede resaltar que las expresiones de “subsidiariedad” (que se aplica la responsabilidad dispuesta para

Acaso, ¿no se están distorsionando los viejos esquemas de un seguro de personas tal como el de vida cuando se basa o participa en productos de inversión?⁷⁶ Quid con los productos *unit link* cuya cobertura «demográfica» abarca también gastos de sepelio? ¿Qué se asegura principal y principalmente? Sin lugar a duda, no puede si no constatarse, la profunda metamorfosis que algunos seguros, como el de vida, por ejemplo, está sufriendo o viviendo y donde confluyen la dimensión puramente de seguro con otras más propias de los mercados financieros⁷⁷.

A lo que no es exenta también una jurisprudencia capaz de estirar conceptos e interpretaciones, así, vid. sentencia de 2 de julio de 2025 de la Sala primera del Supremo español donde amparándose en la inimputabilidad del beneficiario habida cuenta una causa eximente *ex art. 20. 1º* Código penal, a la sazón hermano de la víctima y cabeza asegurada, se permite el pago de la suma asegurada. El tribunal apreció que concurría la causa de inimputabilidad completa de alteración psíquica plena que le impedía comprender la ilicitud de sus actos.

O qué está ocurriendo igualmente con el aseguramiento obligatorio, cada vez son más los asegurados que tienen la obligación legal de asegurarse, pero ¿a qué responde o qué trasfondo rige tamaña

sustituir a otra principal, o anterior, en caso de fallar esta), existencia de “otros seguros que amparen los mismos riesgos” y operatividad una vez “agotadas las garantías que corresponda de dichos seguros citados en primer lugar” son jurídicamente claras y dotadas de la suficiente inteligibilidad para excluir la tacha de oscuridad».

76. Sobre esta cuestión, véase entre otros, BINON, *Droit des assurances de personnes. Aspects civils, techniques et sociaux*, 2.^a ed., Bruxelles, 2016, p. 24. Para el autor belga, los productos de seguro de vida de última generación están viviendo una profunda metamorfosis. Probablemente el origen de esta crisis, se encuentra esencialmente, en las reglas favorables reservadas por el legislador al seguro de vida, sobre todo en el ámbito fiscal. Taxativo señala como la LCAT ha consagrado en favor de los seguros de vida reglas civiles derogatorias del derecho común, calificadas a menudo como «privilegios civiles» que permiten tener, en gran medida, los capitales asegurados (a salvo de la codicia de otros, cónyuges, herederos, acreedores del tomador).

77. Así, categórico ALBANESE, «L'assicurazione sulla vita», *Diritto delle assicurazioni* [FRANZONI (a cura di)], Torino, 2016, pp. 89 y ss., p. 90, afirma cómo no puede reconducirse a la tipología del seguro de vida aquel «in cui l'ansia il quantum della prestazione dell'assicuratore siano stati collegati a parametri che prescindono completamente dalla vita dell'assicurato». El autor se hace eco de la sentencia del Tribunal de Venecia de 24 de junio de 2011 en un supuesto en el que la prestación del asegurador estaba ligada al valor de títulos que se adquirirían en la bolsa.

obligación?⁷⁸, ¿a una suerte de extensión del carácter de la solidaridad y la función social del seguro?⁷⁹.

No podemos olvidar que, tanto en seguros contra daños, como en los de personas, así como, en cualquiera otra modalidad de seguros, existe un nervio distintivo, pero a la vez crucial, frente a otros contratos, a saber, su carácter aleatorio por mucho que las últimas corrientes dogmáticas resitúen el rol y función de un contrato conmutativo frente a lo aleatorio, no necesariamente contrapuesto como analizaremos en el capítulo segundo en el epígrafe del carácter aleatorio del contrato⁸⁰. Pero, sin *alea*, ¿existe o el resultante puede ser un contrato de seguro?

78. Referente la reciente aportación en Francia de BONNARDEL, *Les assurances obligatoires*, Paris, 2023.

79. No muy desencaminado en este punto, FRANZONI, «L'operazioni assicurativa», cit., p. 4; pero sobre todo, PARTISANI, «Le assicurazioni obbligatorie», *Diritto delle assicurazioni* [FRANZONI (a cura di)], Torino, 2016, pp. 179 y ss., que afirma en p. 180 «la obligación de contratar un seguro se traduce en garantizar, para todo el tiempo de exposición al riesgo, la validez y eficacia de la relativa cobertura, en particular respecto al tercero dañado a quien se le concede... una acción directa en relación al asegurador para el pago de la indemnidad. La obligación puede ser unilateral, normalmente es puesta a cargo de quien se encuentra expuesto a un particular riesgo, o bien bilateral, en cual caso el asegurador no puede “rifiutare” la conclusión del contrato ni puede “recedere”».

80. En un plano jurisprudencial traemos a colación no tanto en sí la definición de contrato de seguro cuanto la de operación que detalla el TJUE en su conocida sentencia de 31 de mayo de 2018 [Sala Cuarta], Caso Länsförsäkringar Sak Försäkringsaktiebolag contra Dödsboet efter I. M. Sentencia de 31 mayo 2018 (TJCE 2018, 115) la cual en su apartado 50 señala: «... el Tribunal de Justicia ya ha declarado, en varios contextos, que las operaciones de seguro **se caracterizan, de forma generalmente admitida, por el hecho de que la aseguradora se obliga, mediante el pago previo de una prima, a proporcionar al asegurado, en caso de materialización del riesgo cubierto, la prestación convenida en el momento de la celebración del contrato** (CPP, C-349/96, EU:C:1999:93, apartado 17, y de 26 de marzo de 2015, Litaksa, C-556/13, EU:C:2015:202, apartado 28). **Tales operaciones implican, por su naturaleza, la existencia de una relación contractual entre el prestador del servicio de seguro y la persona cuyos riesgos cubre el seguro, es decir, el asegurado** (Aspiro, C-40/15, EU:C:2016:172, apartado 23 y jurisprudencia citada)». En el supuesto de hecho y dirimiendo dos cuestiones prejudiciales el tribunal enjuicia si un seguro de vida unit-linked es y conforme a qué un contrato de seguro o no lo, así en el ap. 51 afirma: «un contrato de seguro de vida de capital como el controvertido en los asuntos principales, debe estipular el pago de una prima por el asegurado y, como contrapartida por ese pago, la satisfacción de una prestación por el asegurador en caso de fallecimiento del asegurado o en caso de que se produzca otro evento previsto en ese contrato. En el presente asunto parece, sin perjuicio de

Cómo conciliamos ese *alea* con la inteligencia artificial y dinamizamos aquel carácter del contrato de seguro es uno de los grandes interrogantes en este momento donde lo tecnológico está redimensionando conceptos, estructuras y categorías⁸¹. Otra cuestión es el prisma desde el que estemos dispuestos a observar o participar de esta construcción⁸². En los últimos epígrafes de este capítulo, así como en el segundo que aborda los caracteres del contrato de seguro, analizaremos esta convivencia o, por el contrario, superación⁸³.

Y aunque esta obra se inicia con una propuesta o, al menos búsqueda, de un concepto crítico, que no críptico, de contrato de seguro, no cabe duda que, lo verdaderamente capital es delimitar, parcelar e indagar, —tal vez redescubrir— aristas y ámbitos de los elementos vertebradores del contrato que, hoy como ayer, siguen descansando tanto en la cobertura del riesgo como en la liquidación del siniestro,

comprobación por el tribunal remitente, que el contrato controvertido en los asuntos principales constituye un contrato de seguro en el sentido de la citada disposición, extremo que, por lo demás, no niega Länsförsäkringar».

81. Clave la aportación de MUÑOZ PAREDES, M.^a L., «El “big data” y la transformación del contrato de seguro», *Dimensiones y desafíos del seguro de responsabilidad civil* [VEIGA (Dir.)], Cizur Menor, 2021, pp. 1017 y ss., p. 1032, y donde pone de relieve precisamente esta pervivencia o no de la aleatoriedad y la analítica predictiva al socaire del *big data*.
82. No les falta razón a BAIGENT/NICOLLE/HIDER/France, «Improved contracts of insurance bill on the horizon», 24 de septiembre de 2024 [https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=4abfa1e2-0132-4cf9-a281-c47c-7c8b8f3c&utm_source=Lexology+], cuando analizan el proyecto de ley neozelandés para mejorar el contrato de seguro y abordar la discriminación genética adveran: «la “discriminación genética” como una nueva cuestión para su consideración. Para explicarlo, los avances en las pruebas de marcadores genéticos significan que los trastornos genéticos y los posibles problemas de salud futuros se pueden diagnosticar más fácilmente. Los participantes expresaron su preocupación por la posibilidad de que las aseguradoras de vida y salud pudieran utilizar esta información de las pruebas para fijar las primas, lo que podría dar lugar a una discriminación entre los asegurados en función de sus genes. También existía la preocupación de que los asegurados pudieran verse disuadidos de participar en las pruebas de marcadores genéticos si sus primas pudieran aumentar».
83. Se plantea DE LÚCA, «Stima accettata, polizza stimata e assicurazione parametrica. Spunti di riflessione», *Assicurazioni*, 2023, n.º 3, pp. 432 y ss., p. 446, cómo ha surgido una duda sobre la compatibilidad con el principio de indemnización, considerando la admisibilidad de la cláusula de estimación aceptada, de pólizas que asignan automáticamente una indemnización no en función del daño efectivamente demostrado por el asegurado, sino de una variación significativa respecto a un índice de referencia externo (las llamadas pólizas paramétricas o *basadas en índices*).

del daño⁸⁴. Huyendo de silogismos jurídicos, de meras deducciones y solo proposiciones⁸⁵.

El legislador a la postre, intencionadamente o no, optó por parametrar el contrato de seguro dentro de un tipo social nítido, de un modelo legal claro encastrado dentro de un régimen jurídico semi-imperativo donde una de sus máximas ha sido la tutela del consumidor de seguros⁸⁶. Qué decir si no del principio de indemnidad de la víctima, y las reglas del baremo de tráfico como criterios orientadores, aunque no vinculantes para cuantificar las indemnizaciones por los perjuicios causados a las personas como consecuencia del daño corporal ocasionado en sectores de actividad distintos de la circulación de vehículos de motor, tal y como, además, constatan sentencias del Supremo como las de 17 de mayo de 2019.

Y es que el principio de indemnidad de la víctima que es y debe ser el principio rector de reglas del baremo de tráfico como criterios orientadores para cuantificar las indemnizaciones por los perjuicios causados a las personas, juega e integra un componente e impronta social, exteriorizadora igualmente de la función social que el seguro representa. Nos recuerda la STS de 21 de diciembre de 2021 como

«... la utilización del baremo ... en la fijación de las indemnizaciones en otros sectores de la responsabilidad civil, no es una aplicación analógica, sino orientativa, no vinculante, que tiene en cuenta las circunstancias concurrentes en cada caso y el principio de indemnidad de la víctima. Su utilidad radica en que permite estructurar la indemnización de daños de contenido no patrimonial

84. No le faltaba razón al profesor STIGLITZ, *Derecho de seguros*, I, 6.ª ed., Buenos Aires, 2016, p. 1 cuando argüía como el seguro no elimina el daño, sino que tolera que sus consecuencias resulten transferidas (trasladadas) por el sujeto amenazado por un evento económicamente desfavorable, a otro (asegurador) que, a esos fines, ha constituido una mutualidad especialmente «preparada para absorber el riesgo de indemnización».

85. Como bien afirma HADDAD, *Les notions de contrat d'assurance*, cit., p. 21, «la ley sigue siendo una ciencia deductiva, y la prueba es que el jurista siempre recurre al silogismo. La especificidad del silogismo legal es que es dialéctica, es decir, se apoya en proposiciones probables, mientras que un silogismo analítico o demostrativo se basa en ciertas proposiciones; ahora la lógica dialéctica es una subcategoría de la lógica deductiva. Así, el silogismo legal siempre sigue siendo, para el lógico, un silogismo deductivo».

86. Como bien señala GOMES RAMOS, *O contrato de seguro entre a liberdade contratual e o tipo*, Coimbra, 2021, p. 10 esto tiene la ventaja sobre todo si lo comparamos con los contratos innominados y atípicos, de dispensar a las partes de convencionar sobre el régimen aplicable a su contrato de seguro.

en los supuestos en que dichos daños coincidan con alguna de las previsiones del baremo, y ayuda a superar la dificultad de establecer criterios indemnizatorios dotados de una cierta racionalidad y previsibilidad. El carácter orientativo del baremo en otros campos ajenos a la responsabilidad por el uso y circulación de vehículos a motor ya ha sido puesto de relieve por el TS en anteriores sentencias».

Nada sería más estéril y absurdo que parapetarnos y esbozar unos pretendidos principios configuradores del contrato, o axiomas naturales, sin que, a renglón seguido, se expliquen, cuestionen, tensionen y prueben los mismos. Prueba de ello, simplista pero elocuente, ha sido la de mantener en su momento una única función indemnitaria, para todo seguro, con independencia de esa divisoria daños/personas hoy francamente superadas⁸⁷.

Solo de esa centrifugación, podemos o, podríamos, mejor dicho, destilar un concepto válido, pero sobre todo, útil y eficaz, ajenos a meros dogmatismos y vacías suposiciones. Pues, qué duda cabe que, en el fondo, en el contrato de seguro hay que despejar dos incógnitas, una, la primera, cuestionarnos sobre el por qué determinados seguros son obligatorios o existe un deber, cuando no, obligación legal de asegurarnos y dos, la segunda, cuál es el contenido de ese deber que a la postre se plasma sobre el contrato de seguro⁸⁸. Sin duda la

87. Sin duda hoy está superada esa tesis que veía en el contrato de seguro una unitaria función indemnizatoria también presente en los seguros sobre la vida, que habrían tenido indemne al asegurado del daño de muerte y de supervivencia. *Vid.* en este contexto, el viejo trabajo de KROSTA, *Über den Begriff der Versicherung*, Berlin, 1911, p. 63.

88. Magistral, BASEDOW, «Liability insurance in the European Union —dressing up “naked” insurance duties—», *Dimensiones y desafíos del seguro de responsabilidad civil* [VEIGA (Dir.)], Cizur Menor, 2021, pp. 71 y ss., p. 73, que al analizar y fundamentar precisamente en los seguros de responsabilidad civil sobre el deber de aseguración y el contenido señala en p. [traducción nuestra, original en inglés]:

«El seguro de responsabilidad civil obligatorio es una mezcla de derecho público y derecho privado. La obligación básica de contratar un seguro de responsabilidad civil viene impuesta por el derecho público, y su cumplimiento puede ser controlado por las autoridades administrativas. Pero, ¿cuál es el contenido de ese seguro de responsabilidad civil impuesto por la ley? Se trata del alcance de la cobertura: ¿qué personas están protegidas, solo las domiciliadas en el Estado miembro del tomador del seguro o también las de otros Estados miembros de la Unión, o quizá todas las víctimas potenciales del mundo? ¿El plazo de la cobertura se refiere a la ocurrencia de los hechos asegurados o a la presentación de las reclamaciones? ¿Se limita la cobertura a los hechos asegurados que dan lugar a responsabilidad en un país concreto o en virtud de una legislación nacional específica? ¿Existen requisitos

función del seguro late en cualesquiera de estas dos incógnitas. Pero ¿ayuda a definir el contrato?

Difícilmente puede entenderse el seguro sin el riesgo, sin la gestión y transmisión o transferencia del riesgo⁸⁹. El seguro es riesgo, pero implícitamente es, además, transferencia de riesgo⁹⁰. Pero no es todo riesgo ni todo el riesgo como paradójicamente una y otra vez se repite sin sustento ni fundamento serio. Acaso, a raíz de los efectos que la pandemia COVID 19 ¿era pacífica o incluso era cierta o completa la concepción que teníamos sobre daños o pérdidas directas en un seguro de interrupción de negocio como consecuencia de las órdenes gubernamentales de cierre o cese de toda actividad?⁹¹.

especiales en relación con el evento asegurado, por ejemplo, importes mínimos de cobertura o la ausencia de intención o negligencia del tomador del seguro?, ¿tendrá el tercero víctima derecho a presentar una acción directa contra la aseguradora? ¿Y cómo afecta a la obligación de pago del asegurador la cesión del crédito del tomador del seguro a la víctima o el reconocimiento de la responsabilidad del tomador del seguro frente a la víctima? ¿Cómo puede demostrar el tomador del seguro que cumple con la obligación de asegurar y existen requisitos relativos a la capacidad financiera del asegurador? Además, existen, por supuesto, situaciones en las que la responsabilidad del asegurador puede llegar a su fin, por ejemplo, en caso de retraso en el pago o impago de la prima o, tras la ocurrencia de un evento asegurado, por prescripción. Pero, ¿afectan estos hechos directamente al derecho de un tercero víctima, o este mantendrá su derecho durante un tiempo adicional?».

89. Como bien señalan ABRAHAM/SCHWARCZ, *Insurance law and regulation. Cases and materials*, 6.^a ed., St. Paul, 2015, p. 1: «We live in a risky world and we are increasingly aware of it ... Insurance is one method of addressing these risks». Cuestión distinta es calibrar, medir, abordar y ponderar esa conciencia de vivir en ese riesgo, y afrontar este.
90. Así, sostiene LA TORRE, *Le assicurazioni*, 4.^a ed., Milano, 2019, p. 17, la posibilidad o probabilidad del evento futuro, ahora incierto solo en cuanto al momento de su acaecimiento, constituye el riesgo. Y este es requisito esencial o presupuesto del contrato, que no se identifica con la causa, ni con el objeto del contrato, que está constituida por las prestaciones que son tenidas por las partes.
91. Así, se hace eco de diferente jurisprudencia norteamericana WAGNER, «Indiana COVID-19 business interruption raises questions about “physical loss”», 17 de marzo de 2021 [https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=6346b3a0-cbe5-4b51-8768-5ae6e21255c2&utm_source=Lexology+Daily+Newsfeed&utm_medium=HTML+email+-+Body+-+General+section&utm_campaign], al señalar:

«La ley de Indiana requiere que las palabras no definidas en una póliza de seguro tengan su significado corriente. Con este fin, los tribunales recurren regularmente a los diccionarios para comprenderlo. Sería difícil encontrar un diccionario ordinario que defina la palabra “pérdida” en términos de “alteración”, aunque ese término se ha utilizado para describir “daño”. El argumento de la aseguradora de que la “pérdida” requiere que la propiedad asegurada sea “alterada” físicamente consiste esencialmente en afirmar que la frase “pérdida física” requiere “daño físico”. Pero

Acaso ¿engloba este concepto de pérdida física, también la pérdida física accidental?⁹².

Frente a esto, estaría la asunción propia del riesgo por el portador del mismo, el *self insurance*⁹³. Pero tampoco sin su otro gran elemento configurador, el interés. Riesgo y seguro, la parte y el todo, constituyen

esos términos deben significar algo más o, como dijo recientemente un tribunal federal de Ohio, ¿por qué ambas frases aparecerían, una al lado de la otra, separadas por la conjunción disyuntiva “o”? *Henderson Road Restaurant Systems, Inc. contra Zurich Am. En s. Co.*, No. 1: 20-CV-1239, 2021 WL 168422 (ND Ohio 19 de enero de 2021). En cambio, los diccionarios definen una “pérdida”, en parte, en términos de ser privado de la propiedad. El IRT argumentó que las órdenes de cierre privaron al teatro del uso de sus asientos, áreas de refrigerio y otros espacios para el propósito previsto. Las órdenes de cierre prohibían al IRT usar físicamente su propiedad para el propósito previsto, lo que puede considerarse una “pérdida física”».

92. Nuevamente WAGNER, cit., aduce: «In a recent ruling in the Society Insurance Multi-District Litigation (MDL) pending in an Illinois federal court, the court reasoned that “the pandemic-caused shutdown orders do impose a physical limit: the restaurants are limited or prevented from using much of their physical space. It is not as if the shutdown orders imposed a financial limit on the restaurants by, for example, capping the dollar-amount of daily sales that each restaurant could make. No, instead the Plaintiffs cannot use (or cannot fully use) the physical space. Indeed, the policy defines ‘covered property’ to include buildings at the premises, not just personal property of movable items”. *In re: Society Ins. Co. COVID-19 Business Interruption Protection Ins. Litig.*, MDL No. 2964, 2021 WL 679109 (N.D. Ill. Feb. 22, 2021). Similarly, the Indiana shutdown orders prevented the IRT from using its physical space for its intended purpose of hosting guests, so as to arguably result in a direct “accidental physical loss” to trigger coverage».
93. En este supuesto estamos ante una genuina retención del riesgo, contrapuesto sin duda a la transferencia del mismo a un profesional, a una aseguradora, por lo que la transferencia del riesgo por el sujeto expuesto al riesgo mismo del asegurador vertebró el contrato. Con este término de *self insurance*, estamos ante una técnica de gestión de riesgos que ve al sujeto expuesto al mismo como debe calcular las pérdidas en su caso y proveer recursos económicos propios a tal fin. En la literatura norteamericana destaca la obra de HUEBNER, *Property insurance: comprising fire and marine insurance, automobile insurance, fidelity and surety bonding, title insurance, credit insurance, and miscellaneous forms of property insurance*, New York-London, 1922, pp. 79 y ss. Como bien afirma KULP, *Structured finance and insurance: The ART of managing capital and risk*, New York, 2006, al contrastar el seguro frente al autoseguro, afirma: «the self operated system of hazard treatment must meet identically the same requirements as though operated by anyone else. **Self-insurance in theory differs from insurance per se only in its management.** Self-insurance means that the multi-exposures of a single insured permit pooling of hazards of the same qualifications as those a mutual company combines from among many individual insureds. The insured unit... is not the individual person who takes out an insurance policy as such but an actuarial-statistical unit of exposure».

una relación biunívoca esencial⁹⁴. Ausente el primero, el contrato de seguro simplemente no es, no ha sido, ni tampoco será, con la excepción del riesgo putativo.

Pero, ¿qué esperamos de un seguro cuando perfeccionamos el mismo?⁹⁵, ¿por qué se contrata un seguro? Incluso, cabe interrogarse por el ¿qué espera un estado, un gobierno, desde la esfera pública o cuasi pública de las funciones, roles del seguro y el aseguramiento y comportamiento de un asegurado?⁹⁶. ¿Qué expectativas tiene un tomador

94. No se equivoca GUILLOU, «La condition de garantie et le risque», Dossier n.º 1, 2017, *BJDA* [<https://BJDA.fr/les-dossiers/dossier-1/la-condition-de-garantie-et-le-risque>], cuando afirma: «El riesgo es, de hecho, la única razón por la que el asegurado es llevado a contratar con el asegurador. Esquemáticamente, constituye el eje central alrededor del cual se agregan los diversos elementos del contrato de seguro. Por lo tanto, el contrato de seguro es una solución técnica, construida y articulada alrededor de este evento incierto. En términos concretos, esta solución está incorporada en dos respuestas separadas proporcionadas por el asegurador: en primer lugar, la obligación de garantía, que constituye la cobertura del riesgo durante la duración, y en segundo lugar, la obligación de pagar, Indemnización en caso de realización del mismo. Estas dos respuestas son intrínsecamente incompletas y limitadas, la deuda contraída por el asegurador no puede ser infinita e incondicional».

95. No les falta razón a HÉ/FAURE, «Regulation by catastrophe insurance: a comparative study», *Conn. Ins. L. J.*, 2018, n.º 24, vol. 2, pp. 189 y ss., p. 191 cuando afirman: «Private insurance can act not only as a form of post-disaster relief but also as a form of private regulation a contractual device controlling and motivating behavior prior to the occurrence of a loss. Insurance is a well-known tool of risk management that addresses three aspects of risk management: risk assessment (or risk analysis), risk control, and risk financing».

96. Al respecto, HEMPSTEAD, cit., p. 90 cuando afirma:

«Otro ejemplo del papel cuasi público que desempeñan las aseguradoras de vida proviene de la administración de seguros "industriales", es decir, pólizas de bajo costo diseñadas para los trabajadores pobres, a veces también llamadas "seguros funerarios". Las medidas de salud pública y saneamiento adoptadas por las aseguradoras, ninguna más que Metropolitan Life, fueron en muchos sentidos precursoras de las futuras acciones de los departamentos de salud pública urbanos. Por ejemplo, existían programas educativos para los afiliados, en particular los niños, que buscaban enseñar comportamientos que mejoraran la salud mediante una mejor higiene y saneamiento. Se prestó especial atención al control de la población de moscas domésticas. No solo las actividades específicas involucradas en la gestión de los seguros industriales eran de naturaleza gubernamental, sino que las aseguradoras, especialmente Metropolitan Life, describían esta línea de negocio como "trabajo de servicio público" y hablaban de ella como si fuera una misión caritativa, lo que indicaba su preocupación por la intromisión gubernamental. De manera similar, las empresas que no vendían seguros industriales se esforzaron por publicitar nuevos esfuerzos para proporcionar pólizas de seguro para "vidas deterioradas", es decir, personas con lo que ahora llamamos condiciones preexistentes. De esta manera, las aseguradoras de vida intentaron demostrar que su sistema de colectivismo voluntario podía satisfacer la necesidad de seguridad económica de la población y que

del seguro o asegurado ante el contrato y el riesgo que cree asegurado plenamente?⁹⁷. Piénsese además en la realidad de los datos y los cálculos siniestros ante determinadas situaciones con un potencial cierto y extraordinario de aumentar los daños. Así, sirva como referencia el riesgo asociado a cambio climático y hundimientos de edificios de cualquier tipo. Si el suelo es arcilloso o está cerca de ciertas áreas boscosas o frondosas y actúan factores tales como la plasticidad del suelo bajo los cimientos (su propensión a contraerse y expandirse), si las raíces se extienden por debajo de los cimientos y si el suelo está desecado, etc., impactan en este riesgo que apenas hace años era estudiado y tampoco asegurado. A medida que se extrae agua del suelo, este se contrae y, durante la rehidratación, se expande, provocando movimientos descendentes y ascendentes en los cimientos de la propiedad, respectivamente. La magnitud del movimiento descendente determinará si se producen daños y en qué medida⁹⁸.

la intervención del gobierno no era necesaria. Otro ejemplo de Insurance Era es la promoción por parte de la industria aseguradora de la instrucción de seguridad vial para adolescentes. Aquí existe un rico precedente histórico sobre las intervenciones de la industria aseguradora para promover la seguridad.

Quizás más que cualquier otro tema, los esfuerzos por aumentar la seguridad ilustran el propósito cuasi público de los seguros y, por extensión, de las aseguradoras».

97. Clásica en la literatura norteamericana del seguro «las expectativas razonables». Así, señala SCHWARCZ, «A Products Liability Theory for the Judicial Regulation of Insurance Policies», *William and Mary Law Review*, 2006-2007, vol. 48, pp. 1389 y ss., p. 1394, cuando afirma: «los asegurados, por lo tanto, pueden superar las exclusiones aplicables sin ambigüedad en sus pólizas si un asegurado objetivamente razonable esperaría cobertura sobre la base de factores tales como el lenguaje y la estructura de las pólizas, las prácticas de mercadeo de la aseguradora, la teoría de suscripción y las creencias generalizadas entre los consumidores sobre el alcance de diferentes tipos de seguro».

98. Se pronostica que 2025 y 2026 serán años de un auge creciente de estos siniestros y un boom de reclamaciones. Otra cuestión es la conciencia por parte de los tomadores de este riesgo, amén del tipo de construcción, antigüedad, y factores múltiples que pueden incidir. Así, en Reino Unido, el Chartered Institute of Insurers (CII) confirmó pagos récord por parte de las aseguradoras en 2023, por valor de 54 millones de libras, tras el auge de 2022. Un perito en siniestros informó un aumento del 500 % en las reclamaciones durante ese período. Ese mismo año, el CII estimó que había 4,5 millones de viviendas en riesgo de sufrir daños por hundimiento en el Reino Unido y predijo además un aumento del 27 % para 2050, lo que pondría en riesgo a un millón de viviendas más.

El hundimiento es esencialmente un daño causado a los edificios, generalmente en forma de grietas cónicas en los muros, tanto internos como externos. El daño se clasifica según las directrices del Building Research Establishment (BRE) y, en algunos casos, puede ser tan grave que deja la propiedad inhabitable. *Vid.*, el estudio de WILLMAN/PALMER, «The long Hot Summer- A subsidence

¿Quid con las legítimas expectativas sobre el contenido natural del condicionado y, por ende, del contrato de seguro *ex* artículos 1258 CC y del que nos ocuparemos en sucesivos capítulos? Interrogantes que, además, nos deben situar en el plano o ámbito de la función o funciones que debe cumplir el seguro⁹⁹. Y ¿quid con las expectativas a la postre de un asegurador? ¿Qué ocurre cuando la jurisprudencia enerva o fagocita estas expectativas distorsionando en cierto sentido la función y el fundamento del seguro mismo?

Por esta vía, chocante cuando menos, la sentencia del Supremo de 14 de mayo de 2020, sala de lo Penal, en la que se condena a dos empleados de una empresa transportista como autores de un delito de apropiación indebida del artículo 250.1.5.º CP y de simulación del delito del artículo 467 CP, al idear apoderarse ilícitamente de la carga integrada por mercancías de un gran valor económico, puestas a su disposición para su porte. El Supremo a diferencia de la Audiencia condena a la aseguradora a que cubra el daño y aduce:

«... No hay problema aquí a ese respecto: lo que se cubre es la responsabilidad civil del asegurado por hechos de otro. Es irrelevante que ese tercero empleado actúe o no con dolo, salvo en algún supuesto en lo que respecta a la capacidad de repetir contra ese tercero, capacidad que, en general —sea delito doloso o no—, suelen reservarse las Cías de seguros. Estas cubren la responsabilidad civil del asegurado (en este caso, subsidiaria *ex* art. 120.4.º CP) y no la del responsable penal y, como tal, responsable civil directo (art. 116 CP).

Surge?», 29 de septiembre de 2025 [https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=0535d520-e063-4231-a9b2-b8b89a99d4eb&utm_source].

99. Desde otra óptica también debemos plantearnos hoy cuáles son las funciones que quieren cumplir las aseguradoras. Interesante la aportación divulgativa de LAIRD/MANSFIELD, «Time to hit the reset button», 29 de marzo de 2021 [https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=aa4fc8b2-9a21-4242-85e0-974c390acc71&utm_source=Lexology+Daily+Newsfeed&utm_medium=HTML+email+-+Body+-+General+section&utm_campaign=], cuando afirman: «El papel futuro de los seguros puede tener menos que ver con recoger las piezas de los desastres que enfrentar las pólizas y prevenir las acciones corporativas que contribuyen a tales desastres. Ciertamente, el sector tiene un músculo global que podría convertirse en una fuerza activa y poderosa para el bien social, lo que, a su vez, podría traer prosperidad financiera a su paso.... Se trata de que las aseguradoras reafirmen su lugar en este nuevo mundo... Los seguros son una fuente inagotable de innovación y progreso, e incluso los pequeños cambios incrementales pueden marcar una gran diferencia. Este es el momento para que el ecosistema de seguros se ponga al frente y al centro, ayudándonos a llevarnos más allá de los problemas que se han desarrollado el año pasado».

En definitiva, dolosos o culposos, si los actos de los auxiliares o dependientes tienen lugar en el desempeño de sus funciones arrastran la responsabilidad de la empresa asegurada que ha de ser asumida (no la del responsable penal sino la del responsable civil subsidiario), en su caso, por la aseguradora.

Cosa diferente será comprobar si el riesgo que ha generado el daño estaba o no cubierto por la póliza. Es ese el núcleo de la cuestión:

- i. si es riesgo incluido;
- ii. si, declarado eso, está afectado por una cláusula de exclusión;
- iii. si esa causa es oponible frente a un tercero;
- iv. y por fin, si es válida;
- v. Quedará por decidir a continuación cómo incide la franquicia establecida».

«... basta con comprobar que en la documentación aportada por la Cía. de seguros solo aparece la firma del representante de la Aseguradora y no la del tomador del seguro (art. 8.3 LCS) para negar eficacia a la exclusión invocada, y, consiguientemente, afirmar la responsabilidad civil de la Cía., aunque sea admitiendo la franquicia de 300 euros que sí ha de regir en las relaciones con terceros (SSTS 1050/2017, de 25 de septiembre, 417/2013, de 27 de junio, o 727/2013, de 12 de noviembre). Era la Cía. de Seguros quien debía demostrar la validez de esa cláusula. No constando que esté aceptada por el tomador del seguro, no puede operar»¹⁰⁰.

¿Y cuáles son las que atesora un asegurador?, pues acaso ¿es factible que a través del contrato del seguro pueda en verdad reducir el riesgo a través del control del comportamiento del propio asegurado? O ¿acaso no existen presupuestos o factores de garantía *sine qua non* que no solo posibilitan el seguro sino que condicionan y presuponen el riesgo mismo causal del contrato?¹⁰¹.

100. Comenta esta sentencia PAVELEK, «Responsabilidad subsidiaria y seguro subsidiario», cit., pp. 137 y 138, donde trata de destacar los excesos de la condena del asegurador como responsable directo en aquellos casos en que el tomador y asegurado principal es declarado responsable subsidiario, y también cuando por puras formalidades del contrato de seguro, se acaba por condenar al asegurado.

101. En este punto, nuevamente, GUILLOU, «La condition de garantie et le risque», cit. [recurso electrónico], se refiere a las mismas como: «la condición de garantía contribuye sustancialmente a determinar el alcance de la garantía, al tiempo que reduce la probabilidad de que ocurra el riesgo. Por lo tanto, entre las condiciones de garantía, algunas de ellas están claramente diseñadas para alentar al asegurado a ser particularmente cauteloso y vigilante, en particular

Son los que se conocen como condiciones de garantía ante el riesgo, es decir, una serie de medidas o presupuestos preventivos que suponen un hacer o un tener y que juegan como una condición previa pero necesaria para hacerse cargo el asegurador del riesgo, ya que el asegurado debe seguir escrupulosamente los requisitos¹⁰². Piénsese en el perímetro del riesgo y ciertos deberes de aminorar o prevenir aquel por parte del asegurado, significativamente en el seguro de robo.

Si esto fuere así, significaría que, una entre las múltiples funciones que desempeña el seguro es la de que, controlando el riesgo moral, se consigue la reducción misma del riesgo¹⁰³. Pero más allá de connotaciones económicas, a la par que especulaciones sobre el comportamiento del portador del riesgo y la selección adversa, no cabe

al exigir la posesión de autorizaciones específicas como la licencia de conducir, licencia de piloto profesional etc., ... Pero otros van más allá al establecer un verdadero arsenal de prevención de riesgos o medidas de protección mínimas que deben implementarse antes de la efectividad de la garantía o, cuando sea apropiado, deben revisarse periódicamente en curso el contrato. Mientras no se implementen, el riesgo no está cubierto. La fecha efectiva de la garantía se pospone así a la fecha de realización de estos. En general, la condición de garantía actúa como una condición previa del seguro, que pospone la entrada en vigor de esta, en espera del cumplimiento de ciertas medidas. Convencionalmente, las medidas mínimas de protección o seguridad se estipulan contractualmente para la garantía contra los riesgos de robo y vandalismo y dan lugar a una abundante jurisprudencia».

102. Nos recuerda BASEDOW, «Liability insurance», cit., p. 74 (traducción nuestra): «La legislación de la UE prevé un seguro de responsabilidad civil obligatorio en una sorprendente variedad de casos. En general, la legislación de la UE no se interesa específicamente por el seguro, sino por la seguridad financiera que garantiza el seguro de responsabilidad civil o por otros medios, por ejemplo, una garantía. Cuando se impone la obligación de proporcionar dicha seguridad financiera, esta puede cumplir diversas funciones. En algunos casos, el seguro de responsabilidad civil obligatorio prescrito por la legislación de un Estado miembro se considera principalmente como una posible restricción de la libre circulación de bienes y servicios. La legislación de la UE tiene que trazar los límites de las obligaciones impuestas por los Estados miembros para encontrar un compromiso entre la libre circulación y la obligación de asegurar. La Directiva relativa a los servicios en el mercado interior permite que la legislación nacional exija un seguro de responsabilidad civil profesional a los proveedores de servicios cuyos servicios presenten un riesgo directo y especial para la salud, pero al mismo tiempo prohíbe tal estipulación cuando el proveedor de servicios esté cubierto por un seguro de responsabilidad civil equivalente introducido por su Estado miembro de origen».

103. No pierden vigencia las reflexiones en este punto de PRIEST, «The Government, the Market, and the Problem of Catastrophic Loss», *J. Risk & Uncertainty*, 1996, n.º 12, pp. 219 y ss.

duda que, el riesgo es el nervio que une a aseguradora y tomador en el contrato, si bien el tratamiento y el interés de cada uno difiere¹⁰⁴.

Y difiere porque diferente es el motivo que cada uno atesora, como la técnica actuaria que emplea la aseguradora basada, sobre todo, pero no como único elemento, en la mutualidad¹⁰⁵. Esto es, el agrupamiento de un cierto número de personas sometidas a un mismo riesgo a fin de repartir entre todas ellas las consecuencias y gravámenes del siniestro. Como también lo es el cálculo de probabilidades¹⁰⁶.

Cuestión distinta es alcanzar el equilibrio contractual, obteniendo cada parte el *maximum* posible de utilidad, maximizando el beneficio, aminorando o minimizando el perjuicio¹⁰⁷. Dispersarlo, que no diluirlo, es, en suma, la finalidad del seguro. Pero este no es

104. Afirma BIGOT, *Le contrat d'assurance, Traité de droit des assurances*, tome 3, 2.^a ed., Paris, 2014, p. 40 «l'assurance est préservatrice, où elle tend à préserver d'une perte éventuelle, on peut se demander s'il y a encore assurance quand la prestation versée par l'assureur n'est pas corrélée à cette perte».

105. Concluyente, aun siendo sus primeras palabras en su monumental y excepcional obra, argumentaba, STIGLITZ, *Derecho de seguros*, I, 6.^a ed., Buenos Aires, 2016, p. 1 como el costo de la reparación de un daño futuro e incierto ejerce sobre el eventual agente pasivo una presión de tal entidad que lo coloca, casi compulsivamente, ante la necesidad de adoptar técnicas preventivas que contribuyan a bloquear, total o parcialmente, las consecuencias derivadas de un daño eventual. Una de ellas lo constituye el seguro, en tanto su función reside en satisfacer la necesidad de previsión frente a todo tipo de eventos dañosos, futuros e inciertos y, en principio, cualquiera sea la fuente que los origina. En idéntico sentido, STIGLITZ, G., *Daños y perjuicios*, Buenos Aires, 1987, pp. 88 y ss.

106. Sobre el cálculo de probabilidades y sus bases, véase entre otros, FONTAINE, *Droit des assurances*, 5.^a ed., Bruxelles, 2016, p. 16, quien recuerda a Pascal en el siglo XVII pero sobre todo los trabajos posteriores de Fermat, Huygens y Bernoulli, cuyas investigaciones demostraron que era posible, a partir de un gran número de observaciones, predecir las posibilidades de acaecimiento de eventos aleatorios. Así las cosas, Halley estableció ya en 1693 una primera tabla de mortalidad y que Price, habría denunciado, desde el punto de vista de la estadística, la precariedad de las bases sobre las que trabajaban las compañías de seguros británicas, debiéndose esperar hasta 1762 para ver una primera mutualidad, *L'Équitable*, practicar en Inglaterra el seguro de vida sobre la base de los resultados de estudios estadísticos.

107. Muy crítico, pero no exento de razón, afirma FISCHER, «Why Are Insurance Contracts Subject to Special Rules of Interpretation?: Text Versus Context», *Arizona State Law Journal*, 1992, vol. 24, pp. 995 y ss., p. 1049 cuando categórico señala: «The difficulty with insurance contracts is not with their structure or with the insurer's superior size. Nor, in the absence of a showing of substantive unconscionability, **is the difficulty with the actual terms of the insurance contract**. Rather, the difficulty with insurance contracts lies in the average insured's

especulación, es riesgo puro, no artificial¹⁰⁸. La bóveda del seguro es la transferencia y asunción de ese riesgo, seleccionándolo, valorándolo, analizándolo, pero, sobre todo, antiseleccionando aquellos riesgos que otro, la entidad aseguradora, asumirá o por el contrario excluirá a cambio de un precio¹⁰⁹.

El seguro no aniquila el daño, sino que tolera un traslado de la carga económica por el sujeto amenazado por un evento patrimonialmente desfavorable, a otro —asegurador— que, a esos fines, ha constituido una mutualidad especialmente «preparada para absorber el riesgo de indemnización»¹¹⁰. Es una operación de transferencia de riesgos¹¹¹. Más o menos simple¹¹². Siendo esta la pauta que define e

inability to **appreciate fully what events are covered and what events are not covered**».

108. Distinguiendo entre riesgo puro y riesgo especulativo, y suponiendo el primero la posibilidad de pérdida o deterioro del patrimonio, es decir, o se produce el daño o no se produce, el riesgo especulativo no es objeto del seguro, véase BREEDY, *El contrato de seguro*, San José, 2012, pp. 189 y ss., quien señala, p. 190, cómo el riesgo especulativo es artificial, dado que el ser humano lo crea y lo busca para satisfacción o beneficio; en cambio, el riesgo puro el ser humano no lo busca, sino que huye para que no recaiga sobre él, fungiendo el seguro como un mecanismo previsional.
109. Traemos en este punto a colación las palabras de FONTAINE, *Droit des assurances*, 5.^a ed., cit., p. 19 que argumenta: «Dans certaines branches, l'assuré doit en principe soumettre à l'assurance tous les risques de même nature qu'il court (*policies globales*), afin d'éviter l'anti-sélection, c'est-à-dire l'assurance des seules mauvais risques, et l'assureur se réserve encore un droit d'agrément. L'assureur veille en outre à donner aux risques qu'il assume les qualités et la répartition que étaient celles du groupe où les statistiques ont été élaborées, condition nécessaire à ce que vérifient dans son entreprise les probabilités précédemment dégagées».
110. Véase en este sentido FRIEDMANN, *El derecho en una sociedad en transformación*, México, 1966, p. 144.
111. Sobre esta transferencia de riesgos y un análisis económico de la misma, *vid.*, entre otros, OLIVEIRA MARTINS, *O seguro de vida. Enquanto tipo contratual legal*, Coimbra, 2010, pp. 143 y ss., donde analiza las razones de esta transferencia de riesgos.
112. Recuérdese la enorme impronta que ha tenido en la dogmática la teoría de la asunción de riesgos. Una teoría en la que el nervio de la misma, radica en que el seguro no se concibe como un contrato por el cual la prestación del asegurador estriba en el pago de una eventual indemnización, sino en soportar o asumir el riesgo contra el cual el asegurado se quiere proteger desde la conclusión del contrato. Es la *Gefahrtragungstheorie* estudiada por autores como Gierke, Bruck, Stolfi, Fanelli, etc. Véase sobre esta teoría las interesantes reflexiones de MONTIEL ÁLVAREZ, *Resseguro e seguro. Ponto de contato entre negócios jurídicos securitários*, Porto Alegre, 2014, pp. 35 y ss.

impregna todo contrato de seguro, incluso aquellos donde la función de capitalización y financiera, amén de la de ahorro, se convierte en el nervio causal del contrato mismo¹¹³.

Otra cuestión es si, con esa transferencia, las partes, ambas, alcanzan o no en un contexto claro de incertidumbre, satisfacción o no. La aversión al riesgo ha de entenderse, lógicamente, dentro de un perímetro de utilidades. Una utilidad esperada que minimice el impacto del coste de una prima, y una utilidad compartida y generaliza que minimice el impacto de la siniestralidad a través de una mutualidad homogénea de riesgos y sujetos¹¹⁴. Pero ese perímetro conoce o debe conocer de otros mecanismos que, aparte del seguro, traten de reducir las posibilidades de acaecimiento de un siniestro, como es la prevención. Aquellas cautelas, comportamientos, conductas, prevenciones, anticipaciones, cuidados etc., que el asegurado realiza ex ante para evitar que los riesgos se verifiquen.

Cuestión distinta es si todo sujeto está en idénticas condiciones de anticiparse y adoptar medidas o mecanismos preventivos o no, así como la asunción de los costes que estos requieren¹¹⁵.

Pero ¿es el seguro un mecanismo eficiente y eficaz de compensación?, ¿disuade el seguro el riesgo de un modo efectivo y eficiente desde la predictibilidad y la mutualización o simplemente juega un rol de venta de riesgos que alguien compra y, en su caso, traslada a

113. Y es que, como indica LA TORRE, *Le assicurazioni*, 4.^a ed., cit., p. 17: «Il rischio riguarda l'accadere di un evento sfavorevole». Entre otros, también nuestro trabajo, VEIGA COPO, *Productos financieros y seguro, quo vadis?*, Cizur Menor, 2020.

114. Como bien apunta OLIVEIRA MARTINS, *O seguro de vida*, cit., p. 145 la existencia de un grado mínimo de aversión al riesgo, implica que el sujeto se dispondrá a abdicar de un valor cierto superior al valor esperado de una pérdida incierta, tanto mayor siendo su aversión al riesgo cuanto mayor sea el valor cierto del que está dispuesto a abdicar para evitar tal pérdida. Se comprende de este modo que «o sujeito avesso ao risco se disponha a entregar ao segurador um montante de prémios de valor superior ao valor esperado da prestação eventual que obtêm em troca».

115. Ejemplifica supuestos de prevención como técnica anticipatoria FONTAINE, *Droit des assurances*, 5.^a ed., cit., p. 11, cuando asevera: «Rouler prudemment réduit les risques d'accidents sur la route. Interdire de fumer et installer des extincteurs minimise les chances de destruction d'un bâtiment par l'incendie. Une bonne serrure peut faire obstacle à un cambriolage. À la limite, la prévention élimine le risque; la récolte rentrée à temps ne sera plus détruite par la grêle. Mais in général, le risque n'est qu'atténué».

otros?, ¿existen otras alternativas que completan esta función?¹¹⁶. No podemos soslayar que, en cierto modo, la responsabilidad objetiva, máxime en toda la aseguración de responsabilidad, cumple la función de un seguro social privado¹¹⁷. ¿Cuál es el coste de contratar un seguro para un empresario industrial o fabricante y cuál para un consumidor o destinatario último?¹¹⁸.

La diferencia aparte de la capacidad negociadora y de influencia o no en el contenido contractual, radica en que el primero puede trasladar perfectamente el coste del seguro, el segundo, lo asume propiamente. La filosofía que late no es otra que la de alcanzar y maximizar la utilidad marginal del dinero o el patrimonio para la persona, aquella que, precisamente está expuesta al riesgo, pero, sobre todo, a los efectos dañinos (pecuniarios normalmente) sobre su esfera personal-patrimonial y donde la correlación presente y futuro es primordial. Se traslada ahorro presente para contingencias y situaciones futuras en las que se quiere evitar la pérdida patrimonial, bien sea por capacidad de ingresos, bien por hacer frente o asumir las consecuencias de un daño material o físico sobre la persona misma.

El consumidor racionalmente contrata un seguro, anticipándose a las posibles consecuencias dañosas que la verificación de un riesgo

116. Quid ante los riesgos climáticos y la sostenibilidad en las inversiones, incluso de las propias aseguradoras? *Vid.*, el interesante artículo informe de MULLEADY/ LYNCH, «Combatting climate risk: what can insurers do?», 28 de noviembre de 2024 [https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=500652c5-dc5d-433c-b7e2-32471f89f11e&utm_source]. Así como el aumento de la demanda de seguros paramétricos de protección climática y la mayor preocupación de los consumidores por los eventos catastróficos. *Vid.*, PALLAS/JOHNSON, «Weather protection parametric insurance: a sign of things to come?», 25 de noviembre de 2024 [https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=4a0346d7-afd6-4c07-90e8-69fd070e5aed&utm_source].

117. Así, COLEMAN, *Riesgos y daños*, Madrid, 2010, p. 417.

118. No les falta razón a PARTENZA/NUCCI, *Claims made. L'efficacia temporale della garanzia di responsabilità civile*, Pisa, 2020, p. 107, cuando al desmenuzar las cláusulas *claims made* desde una óptica dinámica, recuerdan como el mundo asegurativo está legítimamente orientado al «*profit*» algo que es una cuestión no solamente comprensible, constitucionalmente lícita y, diremos, también oportuna, sino que ha encontrado un reconocimiento en el ámbito constitucional, donde los jueces y las leyes, en el ámbito de los más «*sociales*» de los seguro de responsabilidad civil, el de circulación de vehículos a motor, ha recordado que el interés a poder disfrutar de un nivel aceptable de servicios con primas asagurables sostenibles puede legítimamente «*richiedere un contenimento del principio costituzionale di integrale risarcimento del danno alla persona operato attraverso il sistema tabellare*».

supone en su esfera privada, tanto propia como frente a terceros en caso de responsabilidad exigible. *A sensu contrario*, y desde una óptica económica, su decisión, racional en todo caso, aumenta su seguridad pese al coste de una prima que pueda o no trasladar en su defecto a otros. Ello no empecé para que dentro de la noción subjetiva de asegurado, la heterogeneidad sea la pauta, pues unos están mejor posicionados que otros para distribuir el riesgo. Incluso para decidir qué riesgos se reducen y cuáles no.

Si bien un interrogante que hemos de hacernos a modo de pronuntuario no es otro que el de plasmar e interpelarnos qué sabemos y cómo de las técnicas por las que una aseguradora reduce el riesgo. Qué técnicas, qué incentivos, qué estímulos, qué exigencias acaban estipulando el comportamiento del asegurado, pero también cuáles inciden sobre riesgos que ya no dependen ni de la acción, ni tampoco de la voluntad humana¹¹⁹. Aunque no es menos cierto que el riesgo moral presenta mayores dificultades en algunos seguros, como el de responsabilidad civil¹²⁰. Los ángulos, pero también, las angosturas son múltiples, como lo es también proveer una definición de seguro¹²¹.

Pues, ¿cómo se previene, como se mitiga y monitorea y conserva el comportamiento conductual del asegurado —*potencial dañante*—?, ¿acaso una exposición a la responsabilidad activa un mecanismo de prevención ante el daño mismo? No cabe duda que, el propio riesgo moral puede moderarse e incluso controlarse en su intensidad. Ya por mecanismos simples, pero fácticos, por ejemplo, a través de una delimitación por exclusiones del riesgo cubierto, ya por un mecanismo

119. Véase el análisis que hace sobre las condiciones de garantía y el perímetro del riesgo real GUILLOU, «La condition de garantie et le risque», cit. [recurso electrónico].

120. Conforme HE/FAURE, cit., p. 193 cuando señalan: «Moral hazard is the tendency of insureds from vulnerable areas to exercise less care in avoiding losses than they would if the losses were not covered by insurers. Admittedly, it is only logical for the insureds to change their behavior as soon as the risk is fully removed from them. Such changes in behavior is in that sense not “immoral”. The moral hazard risk is especially problematic as far as liability insurance is concerned. The reason is that an exposure to liability provides incentives for the prevention of accidents to potential insurers».

121. En este punto advierte CLARKE, *The law of insurance contracts*, London, 1997, p. 2, cómo «Insurance contracts are best seen (and defined, if at all) according to the angle or line of approach, that is, the context issue before the court. With regulatory statutes, courts are concerned with the purpose of the statute, whether, for example, this is the kind of thing that parliament intended to regulate, or to encourage... and they examine the terms of the contract in that light».

más técnico y simple, como es el autoseguro por parte del propio asegurado¹²².

Así, el control del riesgo moral y la selección adversa exige que una parte del riesgo sea asumido por el propio asegurado, el cual, expuesto al mismo o a las consecuencias patrimoniales del daño en una porción, modulará su comportamiento, pero también su diligencia y precaución. Expuesto parcialmente el asegurado a las consecuencias del riesgo/siniestro, autoseguro, el asegurador mitiga en parte la aleatoriedad misma del riesgo. Y eso parte de una premisa clara, pero a la vez radical, conocer el verdadero alcance y contenido del riesgo cubierto.

Esto es, saber en qué condiciones está cubierto su riesgo cuando las exclusiones le permiten saber los casos particulares en los que no está. Y en esta búsqueda del saber que está cubierto y qué excluido, no pocas veces el último dictado será el de la interpretación judicial del contrato¹²³.

122. Inequívoco en este punto, SHAVELL, «On Moral Hazard and Insurance», *Q. J. Econ.*, 1979, n.º 93, pp. 541 y ss.

123. Por aquí van los argumentos de la Corte de Apelaciones del Séptimo circuito norteamericano, en el caso *Zurich Am. Ins. Co. v. Ocwen Fin. Corp.* («Ocwen»), 19-3052, 12 de marzo de 2021, sobre el alcance de la cobertura en una póliza de responsabilidad civil ante la actuación y hasta cierto punto extorsión que una sociedad cobradora de deudas —Ocwen— realiza frente a un deudor hipotecario que había concursado y cuyo patrimonio además fue liquidado. La sociedad cobradora de deudas inquirió, persiguió, e insistió en el cobro a través de cartas, llamadas, etc., que causa o provoca angustia, estrés y aborto en la asegurada. Esta en la demanda arguye entre otras causas: «Ocwen y sus agentes causaron daño emocional intencional y / o negligente a [Beecroft] al participar en una conducta altamente ofensiva en el curso del cobro de esta deuda, invadiendo e inmiscuyéndose en [su] derecho a la privacidad. Esta conducta incluyó más de 58 llamadas telefónicas». Con un efecto similar, afirmó que Ocwen «interfirió intencional y / o negligentemente, física o de otra manera, con la soledad, reclusión y/o preocupaciones o asuntos privados de este Demandante, es decir, al llamar repetida e ilegalmente al teléfono celular del Demandante con equipos prohibidos por ley Federal». La cuestión además tenía tintes de protección constitucional y prohibición de llamadas con voces pregrabadas o artificiales que, insistentemente y con ánimo de presión se hacía a la aseguradora. La póliza incluía exclusiones tales como:

«Registro y distribución de material en violación de la ley», que excluía la cobertura por lesiones «que surjan directa o indirectamente de o se basen en cualquier acción u omisión que viole o se presuma que viola» la TCPA o «[cualquier] estatuto, ordenanza o regulación federal, estatal..., o cualquier otra responsabilidad legal, de derecho consuetudinario o de otro tipo, que aborde, prohíba o limite la impresión, difusión, eliminación, control, recopilación, registro, uso, envío, transmisión, comunicación o distribución de

Pues este, desafortunadamente es, aunque no siempre y tampoco no en todos sus extremos, un contrato impreciso¹²⁴.

Reducción de riesgos que, no es sino la parte objetiva de un contrato que se traslada a quien, a cambio de un precio, los asume y bajo sus condiciones de asegurabilidad y, por ende, de exclusión. ¿Qué papel juega en verdad la asimetría informativa y el riesgo moral?, ¿y la eficiencia?¹²⁵ ¿es eficiente un contrato si las exclusiones del riesgo desnaturalizan la causa misma del contrato? ¿es eficiente un contrato si la conducta moral del asegurado se aleja de los estándares que tuvo en el momento precontractual y omite medidas de seguridad para salvaguardar el objeto del interés asegurado?

Minimizar la posibilidad de que ocurre un siniestro supone costes, para ambas partes contractuales. Desde la eficiencia ha de buscarse que esos costes beneficios sean menores que el riesgo que suponen no aminorar la probabilidad del siniestro.

Esto nos lleva directamente al cuestionamiento mismo del grado de libertad contractual que tienen las partes y, particularmente, una de ellas: el tomador/asegurado. Pero también el asegurador dado que no todo riesgo tiene porque ser asegurado o asumido por el mismo.

material o información». También contenían una exclusión por «Violación de la ley de comunicación o información», que excluía las lesiones «resultantes de cualquier violación real o supuesta de: (A) la [TCPA]... o (B) cualquier otra ley federal, estatal, o estatuto local, regulación u ordenanza que impone responsabilidad por: (1) Uso ilegal de teléfono, correo electrónico, Internet, computadora, máquina de fax u otro dispositivo de comunicación o transmisión; o (2) Uso ilegal, recopilación, diseminación, divulgación o re divulgación de información personal de cualquier manera por parte de cualquier asegurado o en nombre de cualquier asegurado».

124. Estos son los presupuestos precisamente de las causas de la interpretación contractual. Aciertan JERRY/RICHMOND, *Insurance law*, 5.^a ed., cit., p. 125 cuando distinguen hasta tres tipos diferentes de imprecisión en las pólizas de seguro: «imprecise language, ambiguous organization; and ambiguity created by extrinsic information».

125. Acierta IBÁÑEZ JIMÉNEZ, *Análisis económico del derecho*, Barcelona, 2011, p. 212 al analizar el riesgo moral, como este significa también peligro en sentido ético y jurídico. Ético, porque involucra la conducta de quien tiene a su cargo un deber moral y lo incumple por permitir la eventual producción de un daño; jurídico, porque esta omisión se identifica con las categorías dogmáticas de la civilística tradicional —culpa *in concreto*—, e incluso de la penalística —daño eventual, donde el omitente de medidas de seguridad asume la posible producción de un daño—.

La asegurabilidad también se condiciona o puede condicionarse¹²⁶. Del mismo modo que esa misma asegurabilidad no es igualitaria ni siquiera proporcional para unos y otros asegurados que pueden sufrir intensidades de riesgos disímiles tanto en el momento precontractual como en el propiamente de ejecución de contrato.

No todo potencial asegurado tiene un mismo acceso o capacidad de pago y crédito para hacer frente a una prima ni todo asegurado eventual tiene y presenta ni una misma frecuencia, esencia e intensidad de riesgo, como tampoco toda esa frecuencia se agrava simultáneamente con más o menos vigor¹²⁷. Y es que el riesgo puede ser asegurable, o no serlo por voluntad del asegurador que convencionalmente rehúsa el mismo¹²⁸. Aunque también ser inasegurable legalmente¹²⁹. Pero tam-

126. Véase en este punto la aportación de DE GRAËVE, «L'assurabilité du risque. Promouvoir une rationalisation pratique par une analyse théorique», Dossier n.º 1, *BJDA*, 2017 [<https://BJDA.fr/les-dossiers/dossier-1/lassurabilite-du-risque>], cuando afirma al hablar de asegurabilidad condicionada: «Sin embargo, algunos riesgos, aunque son perfectamente elegibles para la protección del seguro con respecto a los criterios establecidos anteriormente, serán difíciles de lograr, dadas las dificultades relacionadas con los métodos para asumir su responsabilidad. Debido a que pesan en una categoría de población particularmente vulnerable con respecto al índice de pérdida, estos riesgos deben necesariamente, para poder asegurarse, seguir un mecanismo de garantía bastante particular. En otras palabras, la asegurabilidad estará sujeta a acuerdos específicos que permitirán, si es necesario, una compensación total y efectiva de las reclamaciones».

127. No le falta razón en esa tricotomía ya clásica de asegurabilidad, no asegurabilidad del riesgo e inasegurabilidad que plantea de nuevo DE GRAËVE, cit. [recurso electrónico], cuando afirma: «Asegurabilidad, no asegurabilidad y no asegurabilidad del riesgo. Como se indicó, cuestionar la asegurabilidad o no del riesgo es cuestionar la elegibilidad o no de este último para una garantía. Sin embargo, detrás de esta comprensión simple, incluso simplista, del concepto, se encuentra una pluralidad de enfoques de asegurabilidad de riesgos, lo que lleva a la necesidad de diferenciar entre dos elementos: “asegurabilidad” y “no asegurabilidad”, pero tres en forma aislada. integrando la idea de “no asegurabilidad”. Si al parecer un riesgo es asegurable o no asegurable, la profundización del material en realidad requiere vislumbrar otra hipótesis, que en realidad es la no asegurabilidad del riesgo».

128. *In extenso*, nos remitimos entre otros a nuestro trabajo, VEIGA COPO, *El riesgo en el contrato de seguro. Ensayo dogmático sobre el riesgo*, Cizur Menor, 2015.

129. De ahí que DE GRAËVE, cit., subraye: «... En lo que respecta a la no asegurabilidad, el supuesto inicial es bastante diferente, ya que este concepto se refiere a riesgos que, por su naturaleza, son asegurables pero que, debido a la voluntad de las partes, no se beneficiarán de ninguna protección de seguro. La doctrina considera estas diferentes hipótesis en los siguientes términos: “La determinación del área del contrato ha delimitado un área fuera de la cual hay literalmente

bién ese riesgo muta, cambia, se agrava, se diluye o desaparece totalmente modificando la intensidad causal del contrato, pero también activando deberes diligentes de declararlo¹³⁰.

Como es sabido y, especialmente ha sido estudiado por la dogmática alemana, la libertad contractual se erige sobre dos claras vertientes, de un lado, la libertad misma de decidir contratar o no hacerlo, la *Abschlussfreiheit*, y de otro lado, la libertad de pactar o acordar el contenido de ese contrato, la *Gestaltungsfreiheit*. Así las cosas, las partes son libres de contratar o no, pero una de ellas, tiene esa necesidad de transferir el riesgo, un riesgo que no quiere ni puede afrontar contra su patrimonio¹³¹.

Una libertad, la de decidir contratar o no y con quién, que no siempre es absoluta a la hora de configurar la base y contenido real y

‘sin seguro’, stricto sensu. Sin embargo, dentro del alcance del área del contrato, las exclusiones de riesgo pueden excluirse del seguro cubierto por el contrato, un cierto número de eventos o daños y este rechazo tiene el efecto de un ‘no seguro’ derivado, *lato sensu*. Donde, por los riesgos no asegurables, la libertad contractual les permitía tener acceso a una garantía, uno se da cuenta aquí de que el esquema se invierte; la libertad contractual precisamente da lugar a una exclusión de ciertos riesgos, cuyo contenido por sí solo no puede ser suficiente para justificar una anulación por ley”».

130. Aunque nos ocuparemos del mismo en el capítulo décimo de esta obra, cobran todo su sentido las palabras de ASTEGIANO-LA RIZZA, «La déclaration des risques en cours de contrat: entre nouvelles précisions jurisprudentielles et incertitudes récurrentes». M Dossier, n.º 1, *BJDA*, 2017 [<https://BJDA.fr/les-dossiers/dossier-1/la-declaration-des-risques-en-cours-de-contrat/>], cuando afirma: «La même solution est adoptée pour la période séparant la souscription du contrat de sa prise d’effet mais également pour la période postérieure à la reconduction du contrat, ce qui est complètement contraire à la jurisprudence qui voit dans le contrat reconduit un contrat nouveau. En revanche, en présence d’un contrat véritablement nouveau, qui porte sur un risque distinct de l’ancien, les juges estiment que l’assuré doit répondre à un nouveau questionnaire, les déclarations faites lors de la conclusion du précédent contrat n’étant pas valables pour le nouveau».
131. Apunta a una vertiente más, la de la libertad de escoger a otro contratante, GALVÃO TELES, «Liberdade contratual e seus limites — Imperatividade absoluta e imperatividade relativa», *Temas de direito dos seguros* [LIMA REGO (Coord.)], 2.ª ed., Coimbra, 2016, pp. 103 y ss., apuntando en p. 105 como los aseguradores y tomadores de seguro son libres, tanto en su decisión de celebrar o no el contrato de seguro, incluso al escoger a sus contrapartes, como al escoger las cláusulas que pretenden insertar en los contratos que celebren, sin embargo, con respecto a los límites específicos «decorrentes» de exigencias particulares y características del derecho de seguro, y en concreto, del tipo de contratos en cuestión.

obligacional del contrato de seguro y donde la transparencia, la asimetría de información condiciona inequívocamente el propio contrato, amén de su fase perfectiva¹³².

Pero al mismo tiempo es prevención, el seguro previene, anticipa, contornea ese riesgo tratando de disminuir su frecuencia o su intensidad, ámbitos estos que desarrollaremos *infra* en el capítulo cuarto sobre el riesgo, pero también es preservación, minimizar las consecuencias del siniestro, el salvamento¹³³.

Pero riesgo invoca a ignorancia, a desconocido, a incertidumbre, solo así se entiende el seguro pese al cálculo y frecuencia estadística¹³⁴. Un cálculo y una técnica asegurativa que no estará exenta de bases actuariales, de variaciones y cálculos puros de probabilidades¹³⁵.

Probabilidades que, en algunos supuestos pueden alcanzar un rasgo de objetividad, de certeza, al presentar un cierto grado de estabilidad desde un punto de vista estadístico¹³⁶. El contrato de seguro

132. No son pocos los problemas de información amén de los conflictos de interés que surgen en la comercialización de un seguro, véase el sugerente trabajo de QUINTANS EIRAS, «Información y conflicto de intereses en la comercialización de seguros», *El contrato de seguro y su distribución en la encrucijada* [GIRGADO (Dir.)], Cizur Menor, 2018, pp. 193 y ss.

133. Sobre estos extremos véase el original planteamiento de MAYAUX, «Réflexions sur le principe de précaution et le droit des assurances», *RGDA*, 2003, n.º 2, pp. 269 y ss., p. 272 donde contrapone y extiende este principio con lo que es la *prévention* y el *sauvetage*.

134. Señalaba DESIATA, «Gli evento dell'11 settembre e l'assicurazione italiana», *Ass.*, 2001, n.º 3-4, pp. 281 y ss., p. 281 como: «L'uomo odia l'ignoto, da cui tutti gli sforzi volti a ridurne lo spazio: dalla religione alla filosofia, dai modelli consequenziali alla teoria delle probabilità a quella della frequenza, alla estrapolazione, ciò sempre e comunque per allontanarsi dal vuoto, dall'ignoto».

135. Así, JERRY/RICHMOND, *Insurance Law*, 5.ª ed., New Providence, 2012, p. 9, resaltan cómo la actitud individual hacia el riesgo está influida por varios factores, incluyendo la probabilidad de pérdida, la magnitud potencial de la pérdida y la capacidad de la persona para absorber esa pérdida.

136. Apuntaba ya por este camino, OTTAVIANI, «La teoria del rischio e il pieno di conservazione nelle assicurazioni vita», *Studi sulle assicurazioni. Raccolti in occasione del cinquantenario dell'istituto nazionale delle assicurazioni*, Roma, 1963, pp. 569 y ss., p. 570, en clara referencia a esas variaciones como podía ser la mortalidad, a la que le pueden corresponder probabilidades que pueden en un cierto sentido considerarse objetivas, al ser sugeridas por la estadísticas presentando un cierto grado de estabilidad; lo que no empece la existencia de probabilidades subjetivas en medida más o menos amplia, como por ejemplo las relativas a los posibles valores de tasa de inversión, o a los posibles números de nuevos contratos de un tipo dado, etc., en cuando la valoración de la

gira y bascula en torno al riesgo. Y este envuelve una percepción de anticipación, de previsión, pero también de prevención ante un posible daño, un peligro, una contingencia. Contingencias no pocas veces tan imperceptibles como previsibles, incluso perceptibles y conocidas.

El seguro avanza, innova, porque los riesgos también surgen repentinamente, fruto de la evolución tecnológica, de la innovación, de los procesos industriales, de estrategias empresariales, o simplemente de hábitos y pautas de comportamiento^{137,138}. Riesgo y seguro, tanto en su dimensión jurídica, como económica, pero también técnica¹³⁹. Riesgo, correlato objetivo del grado de incertidumbre relativo a la

probabilidad se funda sobre previsiones económicas correspondientes principalmente ya a la empresa, ya a países donde estas operan.

137. En este ámbito se enmarca la obra colectiva dirigida por LANDINI/VENCHIARUTTI/ZIVIZ, *Sfide e novità nel diritto della assicurazione contro la responsabilità civile automobilistica*, Napoli, 2016, que desarrolla diversos riesgos, diferentes contingencias que surgen fruto de la innovación y el desarrollo tecnológico, pues ¿cómo se describe entonces el riesgo de los drones, los coches con conducción autónoma y las bicicletas eléctricas? Aducen ABRAHAM/SCHWARCZ, *Insurance law and regulation*, cit., p. 1, cómo el desastre nunca está lejano, y máxime comprobando los eventos acaecidos en los inicios del siglo XXI: «Hurricanes, epidemics of new disease, terrorism, financial panics, forest fires, earthquakes, exposure to hazardous chemicals, industrial accidents, and transportation calamities may cause significant injury or death, property damage, and economic loss», pero sin duda aciertan cuando señalan «los eventos son estadísticamente “more mundane but nonetheless personally tragic” como la enfermedad, los fuegos en el hogar, los accidentes de tráfico o los errores médicos».
138. Piense no ya en los ciberriesgos y su aseguramiento, sino en los seguros colaborativos, que, como bien se ha señalado, son seguros que se hacen en colaboración. Seguros que, apoyados en otras personas, optimizan costes y coberturas. Así, sobre esta irrupción y analizándolo de momento sobre el transporte en la economía colaborativa, véase la sugerente aportación de BOQUERA MATA-RREDONA, «El seguro de transporte en la economía colaborativa», *Un derecho del seguro más social y transparente* [BATALLER/PEÑAS (Dirs.)], Cizur Menor, 2017, pp. 157 y ss., quien concluye en p. 167 como estos seguros se caracterizan por formar una asociación con régimen de prestaciones mutuas con un fondo mutual para responder de ciertos riesgos asegurados. Estamos ante una participación recíproca de todos los que pertenecen al grupo que se ayudan al pago del siniestro.
139. Véase el clásico trabajo de DONATI, «Economia, tecnica e Diritto nell'assicurazione», *Studi sulle assicurazioni. Raccolti in occasione del cinquantenario dell'istituto nazionale delle assicurazioni*, Roma, 1963, pp. 65 y ss., sobre todo, p. 67, donde ofrece el autor italiano un concepto económico del seguro desde la satisfacción de una necesidad eventual y mutual.

conurrencia de un evento que no se desea¹⁴⁰. Incertidumbre y probabilidad, en suma. Pero medida sin duda ante la actitud de la persona, del asegurado, en definitiva, frente a esa pérdida, ese riesgo que puede o no verificarse¹⁴¹.

Probabilidades que son esenciales como mecanismo técnico jurídico y el *alea*, pero también económico financiero de cálculo para la aseguradora, quien ha de conocer la distribución probabilística del número de eventos asegurables acaecidos en un determinado periodo temporal, lo siniestros y las indemnizaciones ejecutadas. Epicentro y médula del contrato de seguro.

Conocer, ponderar la frontera de asegurabilidad tanto en su dimensión jurídica y técnica como, sobre todo, económica, en ese binomio riesgo probabilidad, se erige en la antesala basilar de todo el edificio del derecho de seguros. En su fase precontractual, en su estadio contractual, en su cobertura, sea esta inclusiva o elusiva, en el momento siniestral.

Contrato de seguro y aleatoriedad son un inescindible que estructura y edifica los cimientos del derecho de seguros¹⁴². Mas tampoco

140. Sería WILLETT, *The economic theory of risk and insurance*, Philadelphia, 1951 (original de 1901 y reimpreso en 1951) [se puede encontrar una versión del texto íntegro en pdf de 1951 en el siguiente enlace: <https://www.casact.org/pubs/forum/91wforum/91wf469.pdf>], pp. 9 y ss., p. 9 y 10, el primer autor que introdujo la dualidad riesgo e incertidumbre. Y quien a su vez difiere y segrega el grado de incertidumbre del grado de probabilidad de un evento, reconociendo como esa incertidumbre proyecta de un lado una manifestación objetiva que se refleja en el riesgo, en tanto que la incertidumbre atañe a los hechos y acontecimientos del mundo exterior, pero también una incertidumbre subjetiva en tanto se proyecta como una interpretación personal del riesgo. Véase, además, la obra de HOUSTON, «Risk, insurance, and sampling», *Essays in the theory of risk and insurance* [HAMMOND (Coord.)], Glenview, 1968, pp. 150 y ss. El trabajo sobre la negación de equivalencias entre riesgo e incertidumbre, entendida esta como condición externa de HEAD, «An alternative to defining risk as uncertainty», *The Journal of Risk and Insurance*, 1967, vol. 34.2, pp. 205 y ss.

141. Actitudes que llevan a los asegurados o consumidores a optar respecto a esta potencial pérdida desde un abanico de posiciones ante el riesgo, así, JERRY/RICHMOND, *Insurance Law*, 5.ª ed., cit., p. 10 distinguen entre el riesgo neutral, el riesgo *preferring* y el riesgo adverso.

142. Como bien señala ILLESCAS, «Principios fundamentales del contrato de seguro», *RES*, 2014, n.º 157, pp. 7 y ss., p. 11 al girar el contrato alrededor del riesgo y su acaecimiento, hace que el mismo sea sustancialmente aleatorio: para que el contrato se perfeccione es necesaria la existencia de un riesgo transferible que corre el tomador; para que la principal obligación del asegurador —la

puede entenderse sin el interés, máxime sin la valoración de ese interés y, por ende, de la ponderación y calibración en sus justos términos de lo que es y significa para el contrato de seguro, máxime para los seguros contra daños, del principio indemnizatorio. No ha sido empero pequeña la polémica doctrinal en torno a si el interés constituye o no el objeto del contrato de seguro o, por el contrario, este viene tamizado amén de ser un requisito autónomo del contrato, por el mismo contenido obligatorio de la relación jurídica, cuando no, por el puro contenido negocial¹⁴³.

Riesgo e interés son los auténticos epicentros del contrato, el nervio axial del marco del seguro toda vez, pero no siempre, que se produce el siniestro dentro del marco de delimitación de cobertura del mismo, y la limitación y rol que juega la prohibición de enriquecimiento¹⁴⁴.

Límites, funciones y contornos que no empecen para una necesaria revisión, más elástica, más flexible, más dúctil de estos mimos epicentros, anclados no obstante en nociones demasiado clásicas y ortodoxas¹⁴⁵. Durante mucho tiempo se postuló la creencia de que

de indemnizar— se active es necesario, a su vez, que el riesgo se convierta en siniestro, esto es, acontezca efectivamente. De ahí que la aleatoriedad del contrato, no es una aleatoriedad simple, lo que convertiría al seguro en un juego de azar o una apuesta. Se trata, por el contrario, de una aleatoriedad gestionada.

143. En este punto LA TORRE, *Le assicurazioni*, 4.^a ed., cit., p. 18 se hace eco de esta discrepancia doctrinal concluyendo que es de hecho, la existencia de «un interés asegurable» el presupuesto que, de siempre, caracteriza la verdadera aseguración, separándola y distinguiéndola de la apuesta.

144. Como bien señala TAYLOR, *The law of insurance*, New York, 1983, p. 9 «a fundamental requirement for the validity of an insurance contract is that the party insured have an insured interest in the subject matter of the policy. The insurable interest exists when the party insured may be said to benefit by the continued existence of the property to the life insured and will suffer a loss by reason of its damage or destruction».

145. A modo de ejemplo y respecto del interés y su valoración y el fundamento del principio indemnizatorio, nos propone con acierto GIRGADO PERANDONES, «La valoración convencional del interés asegurado. El caso de las llamadas “pólizas estimadas”», *La reforma del derecho de seguro* [BATALLER/QUINTÁNS/VEIGA (Dirs.)], Cizur Menor, 2015, pp. 123 y ss., p. 125 como parece conveniente revisar esta concepción tradicional a la vista de aspectos tales como: las nuevas figuras que han surgido en la práctica empresarial (seguros a valor nuevo y a primer riesgo), la «extensión» del contenido del interés asegurado; la función social de la actividad aseguradora siendo relevante en la valoración del interés la perspectiva de la producción o del consumo, puesto que persigue una «continuidad económica»; la subsanación de los problemas de fraude por otros medios (sistema de franquicias, autocontrol) y no necesariamente por una

mientras exista un seguro, en cierta medida, se mitiga y también se pulveriza el daño ocasionado¹⁴⁶. En efecto, si existe un contrato de seguro, o por mejor decir, si existe la cobertura del riesgo o riesgos a través de un seguro, tanto el daño, como en su caso la figura del responsable tiende a desvanecerse, a diluirse, con lo que indirectamente

técnica rígida indemnizatoria o, el significado de la relación prestación-contraprestación entre el asegurador y el tomador del seguro.

146. Matizaba SANTORO-PASSARELLI, «La causa del contratto di assicurazione», *Studi sulle assicurazioni*, Roma, 1963, pp. 206 y ss., p. 211, cómo el contrato debe tender a «rimuovere» el riesgo, no a crearlo. De ahí que la remoción o eliminación del riesgo no significa abolición del riesgo, sino desplazamiento de la incidencia del riesgo a uno o más sujetos, con transferencia o asignación o reparto del mismo. Categórico, afirma, p. 212 «de la necesidad de la subsistencia del riesgo deriva la necesidad del interés al aseguramiento».
147. Vid. más profundamente DíEZ-PICAZO, *Derecho de daños*, Madrid, 2000, pp. 189-190. Señala asimismo el autor casi dos décadas después en DíEZ-PICAZO, *Fundamentos del derecho civil patrimonial. La responsabilidad civil extracontractual*, V, Cizur Menor, 2011, pp. 166 y 167, cómo, sin embargo, la consideración de los aseguradores como instrumento de socialización produce algunas distorsiones que tendrían que ser estudiadas con detenimiento, y que hacen que el sistema, en ocasiones, no llegue a funcionar debidamente. A su vez, asevera cómo puede aventurarse la idea de que la sucesiva mitigación e incluso, en una notable proporción, la posible desaparición de los requisitos de la culpa y del nexos causal como presupuestos del deber de indemnizar, se producen en aquellos casos en que la responsabilidad tiene cobertura en un seguro contratado voluntariamente y en aquellos otros en que, aunque el seguro no exista, hubiera debido existir en virtud de una obligación *ex lege* de contratarlo. Sobre la interdependencia e interrelación cada vez más presente y aguda del seguro y la responsabilidad civil, vid. SÁNCHEZ CALERO, «Evolución de la responsabilidad civil de la empresa y su aseguramiento», *Estudios sobre el aseguramiento de la responsabilidad en la gran empresa* [SÁNCHEZ CALERO (Dir.)], Madrid, 1994, pp. 15 y ss., p. 19 cuando señala cómo es evidente que la existencia del seguro incide en el régimen de la responsabilidad civil y este régimen en el contrato de seguro, de manera que ambos han ido evolucionando de una manera acompasada, pero no podemos situarlos en un plano de igualdad. Para el profesor SÁNCHEZ CALERO, el régimen de la responsabilidad civil es mucho más relevante y ha sufrido —y está sufriendo— unos cambios importantes, a los que ha seguido el seguro. La existencia, con frecuencia obligada por la ley, de un asegurador del responsable y la posibilidad que el perjudicado reclame directamente contra el asegurador han potenciado el incremento de la responsabilidad civil, tanto en el número de casos o supuestos en los que se plantea una pretensión indemnizatoria, como en la cuantía del importe del resarcimiento que se ha incrementado notablemente. Igualmente DE ÁNGEL YÁGÜEZ, «Seguros de responsabilidad civil», *Estudio sobre el sector asegurador en España*, Madrid, 2010, pp. 1 a 43, p. 5, quien acuñó acertadamente cómo el aseguramiento de un riesgo da lugar a la llamada «espiral responsabilidad-seguro-responsabilidad», la cual consiste en que si una clase determinada de potenciales causantes de daños (por ejemplo,

se abre camino la idea de que el seguro es una forma de socialización de los daños^{147,148}.

Cuestión distinta es plantearnos si hoy, el derecho contractual de seguros responde en todo caso a una dimensión y finalidad pura y estrictamente indemnizatoria, amén de si esa es la función y finalidad teleológica del contrato desde un plano intrínseco, o en cambio estos conceptos han basculado, mutado, dejando incluso de ser eje nervial del edificio del seguro.

¿Se puede afirmar en cierto sentido que las nuevas y más modernas regulaciones del seguro han apartado u obviado la indemnización que

médicos, arquitectos, ciertos industriales) están de ordinario asegurados por su responsabilidad civil, se produce contra ellos un mayor número de reclamaciones y cada vez de mayores cuantías. No le falta razón a PONZANELLI, «Assicurazione e responsabilità civile: i termini del loro rapporto», *Dir. ed Econ. dell'Ass.*, 2011, n.º 2, pp. 571 y ss., p. 572 cuando asevera que las nuevas, nobles, funciones de la responsabilidad civil (distribución mejor de las pérdidas, internacionalización de los costes, etc.), exigen necesariamente el instrumento asegurativo, dando lugar a una precisa socialización de las pérdidas. Y es que el crecimiento de la responsabilidad y el nacimiento de nuevos criterios de imputación de la responsabilidad, diversos y alternativos respecto a la culpa, han estado acompañados, de hecho, por el mecanismo asegurativo. Indica STANGHELLINI, *I diritti del danneggiato e le azioni di risarcimento nella assicurazione obbligatoria della responsabilità civile*, Milano, 1990, p. 1, cómo la situación de la responsabilidad, precede, por consiguiente, al seguro en el sentido de que la evolución del derecho de responsabilidad consigue también un cambio de los principios y de las normas que regulan la materia asegurativa. En el mismo sentido, FANELLI, «L'essenza dell'assicurazione obbligatoria automobilistica», *L'assicurazione dei veicoli a motore* [GENOVESE (Dir.)], Padova, 1977, pp. 1 y ss., p. 4. Para MONTOYA, *La responsabilidad civil y el seguro. Incidencia recíproca y perspectivas generales*, Buenos Aires, 2011, p. 2, a pesar de ser ambas disciplinas autónomas de la ciencia jurídica, se presentan en la *praxis* como instituciones profundamente relacionadas, hermanadas a través de un vínculo de incidencia recíproca que, de una u otra manera, conlleva a que, ante la configuración de una de ellas, particularmente de la responsabilidad civil, suela aparecer también la otra, el seguro.

148. Véase sobre esa socialización en este caso del riesgo, la aportación de GUETTIER, «Indemnisation des victimes de catastrophes naturelles et socialisation du risque», *RGDA*, 1997, n.º 3, pp. 672 y ss., sobre todo pp. 678 y 679, donde el autor analiza la coexistencia de esos riesgos asumidos por el Estado y, por ende, socializados, con los regímenes clásicos de responsabilidad. Como bien señala el autor francés, con las catástrofes naturales, los riesgos a menudo están muy concentrados sobre el plano geográfico y tienen un carácter fuertemente desigual en su realización; en otros, los daños que resultan son frecuentemente considerables. El nivel de primas resultante de estas condiciones solo puede ser particularmente elevado.

antaño se elevaba como soporte y elemento configurador, incluso, esencial del contrato de seguro? ¿quid con la garantía, el interés, su conjunción?¹⁴⁹.

Y si esta máxima es cierta y hunde sus raíces en los seguros que tienden a ser vistos y configurados como mecanismos de protección de la víctima a través de su incidencia en la institución de la responsabilidad civil, se ha ido extendiendo a todo tipo de contrato de seguro al margen de los genuinos de responsabilidad civil. La interrelación es cada vez más estrecha, pero también más incisiva, aunque no férrea ni hermética¹⁵⁰. Y su influencia y directriz en los pronunciamientos jurisprudenciales y en la búsqueda de un patrimonio solvente de resarcimiento más claro¹⁵¹. Ahora bien, el seguro, el contrato de seguro no lo cubre todo, no puede hacerlo. Selección y antiselección de riesgos y

149. No es este un interrogante casual ni tampoco accidental. Como bien afirman TZIRULNIK/QUEIROZ/CAVALCANTI, «Gli elementi essenziali del contratto di assicurazione nella disciplina introdotta dal nuovo Codice civile brasiliano», *Dir. ed Econ. Dell'assicur.*, 2004, pp. 803 y ss., p. 805, la nueva ley ha, de hecho, adoptado la positivización conjunta de garantía e interés (objeto de la garantía) abandonando la idea de la indemnización como elemento esencial del contrato. Parecería por tanto terminarse con la polémica entre los dualistas y los unitaristas respecto a la función indemnizatoria, o no, de los seguros de personas. Denuncian los autores como garantizar y asegurar se confunden.

150. Señala al respecto ALONSO SOTO, «Responsabilidad civil y seguro», *AFDUAM*, 2000, n.º 4, pp. 193 y ss., p. 193 como la evolución de la regulación de la responsabilidad civil ha incidido de manera significativa en el seguro y a la inversa, que dicha evolución no se hubiera producido sin un paralelo desarrollo de la institución del seguro. *Vid.* en profundidad PRIEST, «The current insurance crisis and modern tort law», *Yale L. J.*, 1987, n.º 96, p. 1521 quien se hace eco de una cierta huida del seguro en ocasiones respecto de la responsabilidad civil. Esa huida se concretó en la tendencia, cierta y verificable, a no cubrir determinados riesgos o a sufrir demandas resarcitorias no previstas, pero tampoco previsibles. Clásica la aportación en un único número y artículo monográfico bajo el título de la muerte de la responsabilidad de LOPUCKI, «The Death of Liability», *Yale L. J.*, 1996, vol. 106, n.º 1, pp. 1 y ss. Por su parte, PONZANELLI, «Assicurazione e responsabilità civile: i termini del loro rapporto», *Diritto ed economia dell'assicurazione*, 2011, n.º 2, pp. 571 y ss., p. 572, asevera cómo la responsabilidad civil ha crecido y se ha expandido, propiamente por su relación sinérgica con el mecanismo del seguro. También en los supuestos en los que el seguro no es objeto de una verdadera y propia obligación legal. Las nuevas funciones de la responsabilidad civil (distribución mejor de las pérdidas, internacionalización de los costes,...) reclaman necesariamente los instrumentos asegurativos, dando lugar a una precisa socialización de las pérdidas.

151. Categórico CABANILLAS SÁNCHEZ, «La evolución de la responsabilidades en la construcción», *Centenario del Código Civil*, I, Madrid, 1990, pp. 377 y ss., p. 378, cuando afirma cómo es conocido que a menudo se falla más fácilmente la

por ende, de coberturas, en cuanto elemento caracterizador del contrato perfilan, de un lado, la neutralización del riesgo individual, de otro lado, configuran el interés del asegurado.

El seguro es un mecanismo eficiente de desplazamiento de esos riesgos a quienes a cambio de un precio, asumen los daños cubiertos tanto legal como, sobre todo, convencionalmente¹⁵². Riesgo que se desplaza tanto en la aseguración privada como en el seguro social, ámbitos convergentes, no miméticos, pero que responden a una idéntica funcionalidad¹⁵³. Riesgos incluso no solo privados, ni tampoco bajo la categoría de grandes riesgos y donde la erosión *a priori* de la bilateralidad en la negociación entre tomador y aseguradora no existe, o por lo menos desde un punto de vista puramente económico.

Pero esos riesgos pueden ser también riesgos de catástrofes naturales, riesgos que, sin ser neutrales las entidades aseguradoras, prefieren no asegurar y que sean los órganos o entidades públicas, semipúblicas

existencia de responsabilidad civil cuando se conoce la del seguro del presunto responsable.

152. De ingeniosa solución contractual, eficiente, útil frente a la amenaza de tener que pechar con los costes de reparación de un daño se pronuncian MARCOS FERNÁNDEZ/SÁNCHEZ GRAELLS, *Actividad aseguradora y defensa de la competencia: la exención antitrust del sector asegurador*, Madrid, 2011, p. 1, siguiendo muy de cerca los postulados de CALABRESI, *The Cost of accidents: a Legal and Economic Analysis*, Yale University Press, New Haven, 1970, pp. 48 y ss. Sobre análisis económico del derecho de seguros, imprescindible la obra de EHR- LICH/BECKER, «Market insurance, Self-Insurance and Self-Protection», *Journal of Political Economy*, 1972, vol. 80, pp. 623 y ss. Insiste por su parte en que el contrato de seguro es, por excelencia, un contrato de orden público instituido en interés del asegurado, BEIGNIER, *Droit des assurances*, Paris, 2011, p. 44. Y lo hace tras constatar cómo el campo del seguro está marcado por la inflación legislativa y destacando el enorme papel que cumple la jurisprudencia en el derecho de seguros. Ello no es óbice para denunciar como hace PONZANELLI, «Assicurazione e responsabilità civile: i termini del loro rapporto», cit., p. 575, cómo el seguro tiene una necesidad absoluta de un elevado grado de certidumbre por cuanto respecta al *an* y por cuanto respecta al *quantum*; sobre estos elementos, de hecho, viene calculado el premio y se basa su prospectiva de «redditività». El seguro teme la incertidumbre jurisprudencial y por ello mismo denuncia, con tono quizás un poco exagerado, tal situación.
153. Así lo evidenciaba ya SANTORO-PASSARELLI, «La causa del contratto di assicurazione», *Studi sulle assicurazioni*, Roma, 1963, pp. 206 y ss., p. 208, cuando aseveraba que la unidad de función de ambas aseguraciones no solo se producía bajo un aspecto instrumental de la llamada procedimiento asegurativo, sino también bajo un aspecto final, y por consiguiente respecto a la función en su complejidad: la una y la otra prevén, en todo caso, a una necesidad eventual del asegurado o del beneficiario.

las que se hagan cargo de los mismos, de un modo indirecto, a través del cobro de un tanto por ciento de las primas que las aseguradoras privadas cobran para ciertos tipos de seguros, o de un modo totalmente directo y en función de los distintos ordenamientos y las distintas prácticas aseguraticias¹⁵⁴. Riesgos estos, que vienen caracterizados ante todo por algo intrínseco a toda catástrofe natural, a saber, su anormalidad y su, digamos, inasegurabilidad¹⁵⁵.

Pero por el camino se ahonda en una elipsis responsabilidad-seguro que piensa más en resarcimientos y proyecciones sociales del seguro que en el trasfondo jurídico. No todo daño debe ser resarcible y no existe ningún principio por el cual se afirme y se sostenga que ningún daño quede indemne como sin embargo alguna jurisprudencia ha llegado a afirmar¹⁵⁶.

154. Véase la importante aportación que realiza HOURDEAU-BODIN, «L'assurance des risques de catastrophes naturelles ou les vicissitudes d'un genre hybride», *RGDA*, 2013, n.º 3, pp. 511 y ss., autor que destaca la enorme importancia que estos riesgos tienen en los últimos años, así como su correlativa ingente siniestralidad con la exposición cada vez mayor de más poblaciones sometidas a tales riesgos. Como bien señala en p. 512 la clave está en los medios movilizadas a favor de la indemnización de las víctimas lo que depende ante todo de la intensidad y la naturaleza del fenómeno. Y en p. 514 manifiesta como la cobertura del riesgo natural depende igualmente del tipo de daño sufrido por las víctimas. Una cosa son los daños materiales y otra bien distintas los inmateriales y personales. *Vid.* el trabajo de LEDUC, «Catastrophe naturelle et force majeure», *RGDA*, 1997, pp. 409 y ss. Y tratando *in extenso* estos riesgos de catástrofes naturales y su aseguramiento, incluidas catástrofes tecnológicas, LAMBERT-FAIVRE/LEVENEUR, *Droit des assurances*, 14.ª ed., cit., pp. 17 y ss.
155. Sobre estas dos características, véase su espléndido desarrollo por LAMBERT-FAIVRE/LEVENEUR, *Droit des assurances*, 14.ª ed., cit., pp. 20 y ss., y quienes parten que el aseguramiento o garantía de las catástrofes naturales debe partir de tres condiciones: primero, un reconocimiento administrativo del estado de catástrofe por decreto ministerial, segundo, la suscripción *préalable* de un contrato de seguro de bienes y en último lugar, aunque en un plano teórico, el respeto a los planes de prevención de riesgos naturales previsibles (PPR).
156. Esta fue la premisa, sin fundamento ni basamento de ningún tipo que esgrimió la sentencia del Supremo de 5 de julio de 1989 (RJ 1989, 5297) y que increíblemente condenó al asegurador a pagar una indemnización a los progenitores de una niña que murió como consecuencia de la caída de unos cristales desde un edificio pese a que los asegurados, los copropietarios de las viviendas, fueran declarados exentos de toda responsabilidad y ello en base al «principio de que, en lo posible, ningún daño quede indemne». Crítica con esta sentencia ATIENZA NAVARRO, «La protección de la víctima en el seguro de responsabilidad civil», *La protección del cliente en el mercado asegurador* [BATALLER/VEIGA(Dirs.)], Cizur Menor, 2014, pp. 1167 y ss., p. 1171 y que afirma como a esa idea de indemnidad se sumó la de que los principios de solidaridad social

En cierto sentido, se puede afirmar, sin duda alguna, que el asegurado paga una prima a una entidad aseguradora con el fin de obtener una garantía que neutralice el *alea*, la posibilidad de que acaezca un siniestro, un daño que, en su caso, debería soportar como disminución de su activo patrimonial, entendido este tanto en su concreción de daño directo sobre un bien, una cosa, un derecho, como el que se produce sobre la propia esfera personal del asegurado o sobre aquellas personas que son objeto del interés del contrato y que, normalmente tienen una relación directa con el tomador¹⁵⁷.

Ahora bien, son los conceptos de garantizar y asegurar, términos o vocablos miméticos?¹⁵⁸ ¿Cumplen una y otra funciones y responden a parámetros diferentes?¹⁵⁹. O como hemos avanzado supra, ¿acaso

imponen que, ante la producción de un daño, deba a toda costa encontrarse un responsable, haya o no participado en su causación, con base en una imputación objetiva del sujeto.

157. En parecidos términos BRACCIODIETA, *Il contratto di assicurazione. Disposizioni generali. Artt. 1882-1903*, Il Codice Civile. Comentario [SCHLESINGER/BUSNELLI (Dir.)], Milano, 2012, p. 24, cuando afirma como el asegurado paga un correspondiente para adquirir la inmediata seguridad derivada de la garantía de poder compensar los efectos de la eventual verificación del evento dañoso.

158. Denuncian TZIRULNIK/QUEIROZ/CAVALCANTI, «Gli elementi essenziali del contratto di assicurazione nella disciplina introdotta dal nuovo Codice civile brasiliano», cit., p. 806, cómo garantizar y asegurar se confunden fácilmente. El contrato de seguro atribuye, al titular legítimo intereses expuestos a riesgo, una determinada protección. Tal protección es la prestación innata que distinguirá el seguro de cualquier otro contrato, en particular, el juego, azar, apuesta. Sin embargo, el término garantía implica una dependencia por una prestación principal. En el contrato de seguro, en cambio, es propio la garantía a constituir per se misma, la prestación principal. La idea de conmutatividad del contrato de seguro, así reconocida en la doctrina brasileña, se basa en el reconocimiento de hecho de que la prestación ofrecida por el asegurador no se restringe al pago de una eventual indemnización o capital, algo que se verifica solo en caso en que sobrevenga cualquier lesión del interés garantizado en virtud de la realización del riesgo previsto en el contrato o predeterminado. Tal prestación consiste, sobre todo, en proveer una garantía, debida durante toda la vigencia contractual. La conmutación contractual viene por tanto entre premio (prestación) y garantía (contraprestación).

159. Arguyen LOWRY/RAWLINGS/MERKIN, *Insurance Law*, 3.^a ed., Oxford, 2011, p. 5 «la enorme dificultad de distinguir entre un contrato de seguro y un contrato de “guarantee”, pero también de un contrato de “warranty”. Tras ejemplificar y acercar diversas opiniones doctrinales concluyen: “Under a contract of guarantee there is a less rigorous duty of disclosure or even no duty at all, and while in insurance the primary liability is on the insurers, in a contract of guarantee that primary liability is on the debtor and the guarantor’s liability arises only if the debtor defaults”».

no existen ciertas precondiciones o condiciones del riesgo de cara a la posterior contratación del contrato de seguro conforme a un hacer o no hacer por parte del potencial asegurado que debe adoptar ciertas medidas, actitudes, cautelas o protecciones que en el fondo perimetran el riesgo tal y como la aseguradora lo aceptará?

1.2. La función del seguro en la era digital y del big data

No podemos soslayar o perder de vista que, al margen de la forma y los mecanismos de contratación, el seguro, *per se*, tiene una finalidad esencial, la garantía, la necesidad de garantizar y anticiparse a las consecuencias dañinas de un evento incierto, el riesgo¹⁶⁰. El seguro es un mecanismo eficiente de desplazamiento de esos riesgos a quienes a cambio de un precio, asumen los daños cubiertos tanto legal como, sobre todo, convencionalmente¹⁶¹.

160. Sobre la evolución de la función económica del seguro en esta etapa de *big data*, MUÑOZ PAREDES, M.^a L., «El “*big data*” y la transformación del seguro», cit., pp. 1031 y ss., afirma: «Al actuar el seguro ahora acompañando al riesgo durante toda la vigencia del contrato, más que actuando *a posteriori*, tras la producción de un siniestro, y al involucrarse al asegurado en la reducción del riesgo, su función económica *se amplía*, dado que favorece el mantenimiento de los bienes en los seguros de daños y también contribuye a mejorar el bienestar físico de las personas, en los ramos de salud y vida. Pero, este carácter preventivo del seguro, que se logra gracias al uso de más información sobre el riesgo durante toda la cobertura, va sin duda en detrimento de la intimidad del asegurado, que, a cambio de beneficios económicos, no siempre elevados, permite que la aseguradora controle sus movimientos y hábitos de vida. Por otro lado, el aumento de la casta de los “inasegurables” propicia que los riesgos que afecten a las personas ahí incluidas queden sin cobertura, lo que grava aún más su situación económica, en cuanto pueden verse imposibilitados para hacer frente a necesidades tan básicas como la reconstrucción de sus casas, la reparación de sus enseres domésticos o los gastos médicos derivados de sus problemas de salud».

161. Como reseñábamos en anterior nota a pie de página, de ingeniosa solución contractual, eficiente, útil frente a la amenaza de tener que pechar con los costes de reparación de un daño se pronuncian MARCOS FERNÁNDEZ/SÁNCHEZ GRAELLS, *Actividad aseguradora y defensa de la competencia: la exención antitrust del sector asegurador*, Madrid, 2011, p. 1, siguiendo muy de cerca los postulados de CALABRESI, *The Cost of accidents: a Legal and Economic Analysis*, Yale University Press, New Haven, 1970, pp. 48 y ss. Sobre análisis económico del derecho de seguros, imprescindible la obra de EHRLICH/BECKER, «Market insurance, Self-Insurance and Self-Protection», *Journal of Political Economy*, 1972, vol. 80, pp. 623 y ss. Insiste por su parte en que el contrato de seguro es, por excelencia, un contrato de orden público instituido en interés del asegurado, BEIGNIER, *Droit des assurances*, Paris, 2011, p. 44. Y lo hace tras constatar cómo el campo del

Si a través de la digitalización y la disrupción respecto a los paradigmas tradicionales o convencionales de crear y diseñar un producto de seguro, de comercializarlo y distribuirlo, no solo se reducen costes de transacción, sino que, además, se acerca y democratiza participativamente más el rol y juego del asegurado en la generación del producto, el cambio más allá de la mera transición de un parámetro a otro, ahondará la utilidad y realidad del seguro y sus funciones¹⁶².

Quien compra un seguro, quien contrata un seguro por canales digitales, quien transmite constantemente datos relativos al riesgo o que puedan afectar a este de un modo u otro, participa en la génesis de ese contrato y su vitalidad durante la relación jurídica como nunca hasta ahora se había hecho¹⁶³. Productos sencillos, transparentes, económicos, pero, ante todo, dinámicos y empáticos tal y como

seguro está marcado por la inflación legislativa y destacando el enorme papel que cumple la jurisprudencia en el derecho de seguros. Ello no es óbice para denunciar, como hace PONZANELLI, «Assicurazione e responsabilità civile: i termini del loro rapporto», cit., p. 575, cómo el seguro tiene una necesidad absoluta de un elevado grado de certidumbre por cuanto respecta al *an* y por cuanto respecta al *quantum*; sobre estos elementos, de hecho, viene calculado el premio y se basa su prospectiva de «redditività».

162. Señalan sobre el papel regulador que en el fondo realizan las aseguradoras con el contrato de seguro, SHAHAR/LOGUE, «Outsourcing Regulation: How Insurance Reduces Moral Hazard», *Mich. L. Rev.*, 2012, vol. 111, pp. 197 y ss., p. 217—28 arguing insurers act as regulators often in favorable ways for society). Ben-Shahar and Logue note that because insurers have superior access to information and commercial sophistication, they use a series of techniques to improve the safety conduct of their policyholders. Ben-Shahar and Logue conclude that because of insurers» inherent informational advantage, these institutions are better regulators than regulatory, legislative, or judicial institutions.
163. Las respuestas legales no se hacen esperar, máxime cuando de algoritmos y modelos predictivos se trata y que utilizan fuentes externas de datos e información del consumidor. Así, a título de ejemplo, de cara a trazar la gobernanza y el marco regulatorio de la IA en aseguradoras de automóviles y planes de beneficio de salud, la División de Seguros de Colorado modificó su Reglamento 10-1-1 en ese ámbito de «marco de gobernanza y gestión de riesgos», exigiendo:
- «Principios rectores documentados que garanticen que: a. Las fuentes externas de datos e información del consumidor (ECDIS), y los algoritmos y modelos predictivos que utilizan ECDIS, se diseñen, desarrollen, utilicen y supervisen de manera que se logre una supervisión y gestión eficaces; y b. El uso de ECDIS, y de los algoritmos y modelos predictivos que utilizan ECDIS, esté razonablemente diseñado para prevenir la discriminación injusta.
 - Supervisión por parte del consejo de administración o un comité del consejo.
 - Responsabilidad y rendición de cuentas de la alta dirección por el uso de ECDIS, y de los algoritmos y modelos predictivos que utilizan ECDIS.

hoy demandan quienes más utilizan dispositivos y redes sociales y contratan preferentemente por canales digitales. Lo que hace bascular un eje preperfectivo capital, el de lo reparativo a lo preventivo. He aquí donde la función del seguro se superpone en los nuevos tiempos digitales¹⁶⁴.

-
- Grupo de gobernanza interfuncional de ECDIS, algoritmos y modelos predictivos.
 - Las aseguradoras de planes de beneficios de salud deben garantizar que sus proveedores sean los responsables últimos de las decisiones tomadas cuando se utiliza ECDIS, o algoritmos o modelos predictivos que utilizan ECDIS, para la autorización previa o simultánea a la prestación de servicios de atención médica.
 - Políticas, procesos y procedimientos de prueba documentados.
 - Procesos y protocolos de quejas documentados. Las aseguradoras pueden utilizar los procedimientos existentes para quejas y apelaciones.
 - Políticas, procedimientos y procesos documentados para evaluar y priorizar los riesgos asociados con la implementación de ECDIS, así como los algoritmos y modelos predictivos que utilizan ECDIS.
 - Inventario actualizado y documentado, incluido el control de versiones y las explicaciones de cualquier cambio material.
 - Descripción documentada de las pruebas cuantitativas para detectar discriminación injusta.
 - Descripción documentada del monitoreo continuo del rendimiento de los algoritmos y modelos predictivos que utilizan ECDIS, incluyendo la consideración de la deriva del modelo.
 - Descripción documentada del proceso utilizado para seleccionar recursos externos, incluyendo proveedores externos que suministran ECDIS, algoritmos y/o modelos predictivos que utilizan ECDIS.
 - Revisiones anuales integrales documentadas de la estructura de gobernanza y el marco de gestión de riesgos, y las actualizaciones relacionadas.
 - Si una aseguradora utiliza proveedores externos y otros recursos externos con respecto a ECDIS, así como algoritmos y modelos predictivos que utilizan ECDIS, la aseguradora sigue siendo responsable de garantizar que se cumplan todos los requisitos de la Sección 5 anterior».

Vid., WALTERS/O'NEILL, «Colorado Division of Insurance expands AI governance and framework regulation to private passenger auto and health benefit plan insurers», 27 de agosto de 2025 [<https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=fd276e06-72bd-4ff8-a826-2a08dca1efc4&utm>].

164. Acierta nuevamente MUÑOZ PAREDES, M.^a L., «El “big data” y la transformación del seguro», cit., p. 1031, cuando sostiene: «... el efecto del seguro ya no es reparador, sino *preventivo*, gracias a que se identifica con más corrección el riesgo y se controla de manera continuada, propiciando su reducción y la evitación de eventuales siniestros. Este efecto preventivo se manifiesta fundamentalmente en los seguros con monitorización, pero no sólo. Además, el seguro vemos que aparece con frecuencia acompañado de otros servicios que van más allá de la prevención directa de siniestros. Hay seguros de vida con monitorización que ofrecen a sus asegurados descuentos en tiendas de alimentación saludable y

Riesgo que se desplaza tanto en la aseguración privada como en el seguro social, ámbitos convergentes, no miméticos, pero que responden a una idéntica funcionalidad¹⁶⁵. Mas eso sí, riesgo que no se elimina ni que desaparece por el hecho de asegurarse. Un riesgo que es capaz de mutar, de cambiar, de intensificarse o, por el contrario, disminuir a lo largo de la vida de la relación jurídica y para el que la información, las fuentes de datos, son esenciales hacia la aseguradora pero, sobre todo, hacia el mantenimiento del sinalagma contractual.

Cómo se accede a esa información que afecta al riesgo, sobre todo al riesgo real y no ya al riesgo que se ha asegurado, es una cuestión clave en la relación contractual y en la causa misma del contrato¹⁶⁶. Que incide de plano en la tarificación, pero, sobre todo, en algo más tangible, la posibilidad de una exclusión parcial o total del evento siniestral si se produce este.

Hoy el seguro es capaz de acceder a un volumen de posible información precisamente «volumétrico», variado y vertiginoso de datos ingentes y que son fácilmente aprehensibles y, especialmente, valorados y analizados para extraer consecuencias contractuales¹⁶⁷. Pero

aseguradoras de auto que, a través de dispositivos inteligentes instalados en los vehículos, proporcionan al asegurado, además de asistencia en relación con el riesgo cubierto, otras funciones, como las de avisador de radares, asistente pasivo de velocidad y análisis de rutas realizadas».

165. Así lo evidenciaba ya SANTORO-PASSARELLI, «La causa del contratto di assicurazione», *Studi sulle assicurazioni*, Roma, 1963, pp. 206 y ss., p. 208 cuando aseveraba que la unidad de función de ambas aseguraciones no solo se producía bajo un aspecto instrumental de la llamada procedimiento asegurativo, sino también bajo un aspecto final, y por consiguiente respecto a la función en su complejidad: la una y la otra prevén, en todo caso, a una necesidad eventual del asegurado o del beneficiario.

166. Focalizando su interés en el seguro de salud, señala NAYLOR, *Insurance transformed*, cit., p. 198 como el abanico de datos que pueden recogerse es amplísimo y van desde: «ritmo y patrones cardíacos, temperatura, glucosa, suero sanguíneo, enzimas, hormonas, patrones de sueño, grasa corporal, niveles de actividad, estado de ánimo, química sanguínea, oxigenación, funciones cerebrales del electrocardiograma y microfauna intestinal».

167. Describe el *modus operandi* de la tecnología *big data*, ALVES LEAL, «Big data nos setores bancário e financeiro», cit., p. 201, señalando cómo el proceso de tratamiento de los *big data* no difiere sustancialmente del proceso de análisis de datos en general. Envuelve, en una primera fase, la exploración y prospección de datos (*data mining*), que después servirán un determinado modelo de análisis de datos, construido por algoritmos y normalmente de base técnica de *machine learning*, extrayéndose de esa operación un resultado (*outcome*); ese resultado servirá el propósito de auxiliar a alguien en la toma de decisiones.

no todos los datos son iguales y no todo uso o procesamiento de estos pueden tener una finalidad lícita¹⁶⁸.

Otra cuestión será cómo definir y conceptualizar esos datos, el dato por sí mismo, si como información o no, si como función, si como conocimiento, si como relación de facto de medio a fin. Cómo gestionarlos, cómo valorarlos, cómo y cuáles almacenar y durante cuánto tiempo y con qué fin¹⁶⁹. Quien accede y cómo a los datos, a todos o a algunos de esos datos, a quién se pueden compartir, a quién vincular o enviar, etc., son cuestiones que han de resolverse imperiosamente por las aseguradoras, pero también en el campo de la responsabilidad civil.

Conocer el riesgo, declarar el mismo, no solo tendrá la virtualidad de fijar los perímetros y contornos del riesgo asegurado y, por tanto garantizado, lo que redundará en un mejor y más eficaz conocimiento de la garantía efectiva del asegurado tanto de lo incluido como de lo excluido —aunque esto no dista de ser un evanescente *desideratum* que choca *a posteriori* con la realidad y el conflicto ante la cobertura o no

168. Claro en este punto el Libro Blanco de la Comisión sobre Inteligencia Artificial de 19 de febrero de 2020 cuando asevera:

«The use of AI can affect the values on which the EU is founded and lead to breaches of fundamental rights, including the rights to freedom of expression, freedom of assembly, human dignity, nondiscrimination based on sex, racial or ethnic origin, religion or belief, disability, age or sexual orientation, as applicable in certain domains, protection of personal data and private life, or the right to an effective judicial remedy and a fair trial, as well as consumer protection. These risks might result from flaws in the overall design of AI systems (including as regards human oversight) or from the use of data without correcting possible bias (e.g. the system is trained using only or mainly data from men leading to suboptimal results in relation to women). AI can perform many functions that previously could only be done by humans. As a result, citizens and legal entities will increasingly be subject to actions and decisions taken by or with the assistance of AI systems, which may sometimes be difficult to understand and to effectively challenge where necessary. Moreover, AI increases the possibilities to track and analyse the daily habits of people. For example, there is a potential risk that AI may be used, in breach of EU data protection and other rules, by state authorities or other entities for mass surveillance and by employers to observe how their employees behave».

169. Incide en estas cuestiones NAYLOR, *Insurance transformed*, cit., p. 268 cuando además señala: «Data privacy systems will need to set rules around: (i) *storage* — what data is stored and for how long (ii) *access* — which type of employees have Access to what data elements (iii) *sharing* — what types of data can be shared within the insurer and with what external parties (iv) *merging* — what data should be linked or amalgamated, and (v) *reacting* — how each data element should be acted upon».

del riesgo— o del titular del interés, cuanto que permitirá un cálculo más correcto de la prima¹⁷⁰.

No cabe duda que, el derecho de seguros, tiene que articular esa transmisión de información que conoce el tomador o que conoce el asegurado y que son esenciales para conocer y valorar ese riesgo que será además la base para el correcto cálculo de la prima¹⁷¹.

Nuestro país se enmarca de lleno en el sistema de cuestionario, esto es, que de haberlo, el mismo contornea las obligaciones del tomador

170. Como bien señala FONTAINE, *Droit des assurances*, 5.^a ed., Bruxelles, 2016, p. 206 «pareil calcul suppose une bonne information sur les caractéristiques de ce risque, et cette information appartient en premier lieu au preneur d'assurance».

171. Clara y con gran acierto, MUÑOZ PAREDES, M.^a L., «El “big data” y la transformación del contrato de seguro», cit., p. 1033, señala: «... resulta evidente que los riesgos pueden controlarse y que ciertos siniestros pueden o bien evitarse o, si no evitarse, tratar de que se produzcan con consecuencias económicas menos graves, gracias a la adopción temprana de medidas de salvamento que sean efectivas. Con todo, volviendo a la pregunta del principio, creo que el azar no se puede suprimir de manera absoluta. Los medios con los que cuentan actualmente las aseguradoras les permiten fijar con mucha mayor precisión el riesgo y también las probabilidades de que se produzca un siniestro atendiendo a los datos que tienen en su poder, pero estamos hablando siempre de probabilidades, no de certezas. Ninguna persona, por mucho que se cuide o sea controlada, está libre de tener un accidente ni de contraer una enfermedad mortal en cualquier momento de su vida. Si esto ocurre, su aseguradora de vida (para caso de muerte) no habrá podido cobrar todas las primas que esperaba al comienzo del contrato. Lo mismo sucede con los bienes asegurados, que, por mucho que se controlen por dispositivos, no están exentos de ser afectados por eventos imprevisibles, incluso intencionados. De hecho, el seguro de bienes de uso (sea industrial o doméstico) viene a complementar, desde el punto de vista económico, la labor de mantenimiento o de cuidado de aquéllos que incumbe a todo asegurado, porque los daños derivados del desgaste en sí mismo son a su propio cargo. En efecto, el seguro entra en juego no para cubrir los daños completamente previsibles, como son los derivados del deterioro normal de las cosas, sino para hacer frente precisamente a sucesos imprevisibles (aunque ahora trate de anticiparse a su producción o aminorar sus efectos gracias al uso de dispositivos de control de riesgos)». Y tras distinguir la autora entre los seguros que llevan monitorización de los que no, concluye en p. 1034: «Fuera de los seguros con monitorización, si nos fijamos en los seguros contratados con uso de multitud de fuentes de obtención de datos (ficheros comunes de las aseguradoras, redes sociales del asegurado, búsquedas del asegurado por internet, datos de geolocalización, etc.), pero sin que haya control del riesgo continuado mediante el uso de dispositivos, la aleatoriedad del contrato es claro que se mantiene, aunque el riesgo se haya precisado mucho mejor al fijar la prima y también se acuda a medios más eficaces para determinar las causas y las consecuencias de un siniestro».

a responder correctamente las preguntas que la propuesta de seguro contendrá y que servirán para valorar qué riesgo y hasta dónde está dispuesta a un precio determinado a asumir la entidad aseguradora. Pero, ¿podrá sobrevivir y seguirá siendo útil el cuestionario en la era de la tecnologización y del conocimiento del todo por el todo a través del dato y el acceso al mismo?

Si bien en este momento nos hallamos en el perímetro perfectivo o preperfectivo del contrato de seguro y en el que la información es capital de cara a perimetrar el riesgo en toda su esencia, tanto por definición, como por inclusión y exclusión y con ello trazar el ámbito de la cobertura asegurada, no cabe duda que, esa información es crucial y no solo puntual a lo largo de toda la relación jurídica de seguro. Una relación que, como cualquier otro contrato, se basa en la negociación, con las cortapisas de situarnos en un contrato de adhesión, pero también de colaboración y cooperación racional.

El riesgo muta, los riesgos se agravan, disminuyen, se intensifican, como también cambian o irrumpen nuevas circunstancias que se ignoraban o no se les dotaba de suficiente entidad en aquel momento precontractual pero que, sobrevenidamente cobran importancia capital¹⁷².

172. Piénsese en el propio aseguramiento de la construcción de centros de datos. ¿Qué se asegura, a diferencia de un seguro de construcción de edificios tradicional, qué propiedad está o no cubierta, ¿quid con la interrupción del negocio? Una buena retrospectiva de estos riesgos nos la ofrece OEHNINGER/NEMEROFF, «The AI Data Center boom: key insurance coverage considerations for complex risks», 26 de agosto de 2025 [<https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=3e5be155-332d-4b38-868e-877a1c4e09bd&utm>] que afirman:

«Los proyectos de centros de datos implican el diseño, la fabricación y la instalación de equipos complejos y hardware informático costoso, incluidos racks de potentes procesadores de datos conocidos como GPU, chips informáticos de vanguardia y equipos de refrigeración críticos necesarios para mantener los sistemas en funcionamiento. Para protegerse contra pérdidas o daños durante el proceso de construcción del centro de datos, los asegurados deben tener una cobertura y límites adecuados para el riesgo de construcción».

Respecto de la «propiedad cubierta», afirman:

«En primer lugar, los asegurados que poseen u operan centros de datos deben asegurarse de que sus pólizas de propiedad cubran la totalidad de la operación del centro de datos, abarcando todas las estructuras, infraestructura, equipos, sistemas informáticos, tecnología y bienes muebles comerciales.

Lo que constituye “propiedad cubierta” depende de las definiciones, exclusiones y anexos específicos de la póliza. Y si bien la mayoría de las pólizas de propiedad definen la “propiedad cubierta” para incluir los edificios, estructuras y equipos en la ubicación del asegurado, algunas pólizas pueden excluir o imponer “sublímites” para ciertas propiedades o componentes. Además, las pólizas de propiedad a menudo excluyen la cobertura por pérdida de datos electrónicos, un tema crítico para los centros de datos

Los centros de datos continúan creciendo en escala, costo y complejidad, presentando cada vez más campus extensos que comprenden múltiples edificios, infraestructura compleja y costosos equipos informáticos: garantizar una cobertura suficiente para la totalidad de la propiedad del centro de datos es el primer paso.

Riesgos cubiertos y excluidos

Los asegurados en la industria de los centros de datos deben revisar cuidadosamente y familiarizarse con las “causas de pérdida cubiertas” en sus pólizas de propiedad, prestando nuevamente mucha atención a cualquier exclusión o sublímite.

Las pólizas de propiedad pueden brindar protección crucial contra pérdidas o daños causados por incendios, tormentas, terremotos, daños por agua, temperaturas altas o bajo cero y explosiones. Las pólizas de seguro de propiedad también pueden proporcionar una cobertura específica para “averías de equipos”, lo que agrega una importante capa de protección para averías mecánicas o eléctricas.

Al mismo tiempo, las pólizas de propiedad pueden incluir una amplia gama de exclusiones; por ejemplo, las pólizas de propiedad a menudo excluyen la cobertura para ciertos tipos de intrusión de agua, daños por inundación, construcción y diseño defectuosos, y deterioro y erosión.

Los centros de datos de IA involucran equipos mecánicos y eléctricos complejos que podrían ser susceptibles a incendios y averías, sistemas de refrigeración basados en líquidos que pueden ser susceptibles a fugas y condensación, y hardware informático costoso que podría ser increíblemente costoso de reemplazar. Como tal, cualquier incidente de incendio o intrusión de agua podría ser desastroso para los operadores de centros de datos. Los asegurados deben revisar y negociar cuidadosamente sus pólizas de propiedad para maximizar la cobertura de los riesgos de pérdida física o daños a las propiedades del centro de datos».

Y respecto a las coberturas de interrupción del negocio manifiestan:

«Las pólizas de propiedad comercial a menudo incluyen cobertura por “interrupción del negocio”, que generalmente se aplica cuando un asegurado se ve obligado a suspender las operaciones en la propiedad asegurada, lo que a menudo resulta en pérdida de ingresos y aumento de los gastos operativos. Las pólizas de propiedad generalmente limitan la cobertura por interrupción del negocio a situaciones en las que alguna pérdida física o daño a la propiedad precipitó el cierre, pero el alcance de la cobertura depende del lenguaje de la póliza

En algunos casos, los asegurados pueden obtener una cobertura por “interrupción contingente del negocio”, una cobertura más amplia que se activa por la pérdida o el daño físico a una propiedad completamente distinta. Esta cobertura es otra característica clave que los asegurados deben considerar, ya que los centros de datos abarcan cada vez más múltiples propiedades y dependen de proveedores y fabricantes que operan desde instalaciones y ubicaciones totalmente diferentes a lo largo de la cadena de suministro global.

Entre otras exclusiones, las pólizas de propiedad podrían excluir las pérdidas causadas por ciertos tipos de fallas de energía, incluidas las exclusiones de “servicios públicos” que podrían impedir la cobertura de pérdidas debido a la falla de los servicios de comunicación o suministro de energía. Debido a que, *según se informa, el auge de los centros de datos está comenzando a sobrecargar las redes eléctricas existentes en los EE. UU.*, los asegurados en la industria de los centros de datos también deben revisar cuidadosamente cualquier exclusión relacionada con las interrupciones por fallas de energía.

Cobertura cibernética

Por su naturaleza, los centros de datos de IA también plantean riesgos cibernéticos significativos, que abarcan filtraciones de datos, ataques de *ransomware*, fallas o violaciones de sistemas informáticos, responsabilidad por privacidad de datos y posible responsabilidad de terceros ante clientes, usuarios y accionistas.

Toda contratación requiere que las partes en la negociación resuelvan el problema de la distribución, fuere acordando directamente beneficios y costes, sea de modo indirecto a través de una serie de procedimientos para determinar estas asignaciones. En el seguro, esa asignación se frustra si la información objetiva y real no llega a conocimiento de quien valora y asume los riesgos.

Cuando el tomador aceptó un determinado clausulado sobre la base de sus propias declaraciones ciertas contingencias, hechos o circunstancias podían no haber surgido, ni siquiera ser previsibles, pero ulteriormente sí cobrar carta de naturaleza. Ello influye en el beneficio/coste.

No cabe duda de la importancia que tiene el cuestionario de salud, de vida, que la entidad aseguradora presenta e instrumenta. Una importancia que beneficia a ambas partes. Sienta el perímetro del riesgo, mide la buena fe y marca los límites que pueden suponer la agravación y disminución del riesgo conforme al declarado y perfeccionado a lo largo de la vida del contrato de seguro¹⁷³. Pero también lo tendrá, y de qué manera toda la información que, a través de sensores, biomarcadores, etc., pueden llegar a tiempo real una vez perfeccionado y constante el contrato de seguro que evidenciarán la distonía entre lo previamente declarado al contrato y la realidad del día a día en hábitos, actividades, hechos, costumbres, prácticas que el asegurado puede realizar o llevar a cabo.

Otra cuestión bien diferente es indagar sobre la eficiencia y eficacia real de la existencia del cuestionario como mecanismo selectivo, antiselectivo del riesgo, y si el mismo debe ser o no un cuestionario

Al mismo tiempo, al igual que con otras pólizas de seguro, las pólizas cibernéticas suelen contener varias exclusiones. Por ejemplo, las pólizas cibernéticas a menudo excluyen la cobertura de incidentes cibernéticos causados por el incumplimiento por parte del asegurado de las medidas de ciberseguridad, los riesgos de guerra o terrorismo y la ingeniería social, a menos que dichas coberturas se “recuperen” mediante endosos o de otra manera. Y dados los riesgos nuevos y en evolución asociados con la IA generativa, las aseguradoras podrían comenzar a adoptar “exclusiones de IA”. La cobertura cibernética es esencial en el contexto de los centros de datos. Los asegurados deben revisar, comprender y negociar cuidadosamente los términos de sus pólizas cibernéticas, incluso al momento de la renovación, para asegurarse de obtener las coberturas y los límites de póliza adecuados».

173. Vid. ROY PÉREZ, «La declaración del riesgo y su agravación», *La protección del cliente en el mercado asegurador* [BATALLER/VEIGA (Dir.)], Cizur Menor, 2014, pp. 686 y ss.

cerrado¹⁷⁴. Qué cabida tiene la espontaneidad y cuáles son los límites que debe tener un cuestionario. ¿Acaso el secreto médico no es un límite al deber de contestación? O qué ocurre con los datos genéticos, ¿se pueden ceder o comunicar a la entidad aseguradora de modo que calibre por esta vía la antiselección del riesgo?¹⁷⁵.

Ahora bien, ¿existe un correlativo deber de la entidad aseguradora de someter al tomador del seguro a un cuestionario previo? O por el contrario, ¿estamos ante un simple deber de diligencia de aquella y que se concreta o bien en un reconocimiento médico, sin duda más exhaustivo, veraz y objetivo que un cuestionario aséptico, bien con la entrega de este y la batería de antecedentes sanitarios que el solicitante del seguro ha de completar?¹⁷⁶.

Una cuestión central y a la vez reiterada una y otra vez es la plantearnos si el ya asegurado o tomador de seguro en su caso, o incluso,

174. Sobre esta técnica del cuestionario cerrado, pero también si el mismo elimina o no otras técnicas como la declaración espontánea, *vid.*, BEIGNIER/BEN HADJ YAHIA, *Droit des assurances*, 3.^a ed., cit., pp. 218 y ss., quienes no esconden como el sistema actual de declaración de riesgos presenta numerosas debilidades lo que ha llevado a ciertos autores a proponer el reexamen del régimen de la declaración de riesgos.

175. En este punto, no les falta razón a BEIGNIER/BEN HADJ YAHIA, *Droit des assurances*, 3.^a ed., cit., pp. 236 y ss., cuando señalan como el cuestionario posee un problema absolutamente delicado y espinoso que es el de la protección del secreto médico. Véase además, la aportación de ABRAVANELL-JOLLY, «Le secret médical en assurances de personnes», *RGDA*, 2005, pp. 889 y ss.; GROUDEL, «Preuve de la déclaration inexacte du risque et secret médical», *Resp. civ. et ass.*, 2004, *Études*, n.º 18, pp. 7 y ss.

176. Trae a colación SCHWEBEL, «L' utilisation des données médicales par les assureurs», *RDGA*, 2010, n.º 1, pp. 47 y ss., p. 49, cómo, en principio, el asegurador «n'est pas tenu» de verificar la exactitud de las declaraciones del proponente. Se juzga en particular, que el asegurador no tiene la obligación de hacer comprobaciones entre las diferentes declaraciones de los proponentes de seguro. Así las cosas, la sentencia de la Corte de Apelación de Agen de 20 de mayo de 2002 parte de un apriorisma evidente, a saber, «cada contrato forma un todo; los diferentes contratos son independientes los unos de los otros y ni los organismos financieros ni las compañías de seguros no están obligados a comprobar la conformidad de asesoramiento y de información en el caso totalmente quimérico; corresponde al asegurado dar espontáneamente todos los elementos útiles que permitan al asegurador hacerse una opinión exacta del riesgo que se suscribirá». Unos años antes, véase la aportación y cuestionamiento amén de alcance del secreto médico en el artículo de ABRAVANELL-JOLLY, «Le secret médical en assurances de personnes», *RGDA*, 2005, n.º 4, pp. 887 y ss., sobre todo, pp. 890 y ss., donde se analiza el secreto como instrumento de fraude y la legitimidad misma del secreto.

si es que de tal se puede hablar, el tercero portador del riesgo —*Risiko-träger*— sobre cuya cabeza pende el riesgo asegurado, tienen un deber continuado y reiterado durante la vigencia del contrato de declarar espontáneamente todo cuanto crean que afectando al riesgo, puede incidir en su valoración, en su esencia, en su frecuencia e incluso, en su intensidad, de tal manera que difiere con el riesgo inicialmente tenido en cuenta de cara a parametrizar el coste del riesgo garantizado¹⁷⁷.

En efecto, ¿debe el asegurado comunicar a la aseguradora o al agente de seguros todas aquellas circunstancias objetivas, subjetivas, temporales, espaciales, etc., que crean que afectan al riesgo asegurado? Eso presuponiendo que tiene un patrón de conducta y valoración que le permite conocer totalmente el riesgo declarado en su momento y la evolución del objeto o bien asegurado que pueda incidir en el estado mismo del riesgo¹⁷⁸.

Pero el deber de espontaneidad, si es que de deber podemos hablar, no solo ha de reconducirse al momento ulterior, esto es, una vez perfecto el contrato y en vigor la relación jurídica de seguro, sobre todo aquello que pueda alterar o condicionar las circunstancias del riesgo y haciéndolo varias.

Pues, ¿podemos hablar de esa espontaneidad en la fase pre-contractual en todo aquello que no ha preguntado el asegurador o el agente en el cuestionario, o incluso, yendo más lejos, si ni

177. Una de las últimas aportaciones en este campo se lo debemos a BIGOT, R., «Les critères de la déclaration spontanée des risques en assurance maritime ou fluviale», 19 février 2019 [<https://www.dalloz-actualite.fr/flash/criteres-de-declaration-spontanee-des-risques-en-assurance-maritime-ou-fluviale>], el caso se refiere a un supuesto de un barco sobre el que se constituye una hipoteca como garantía de un préstamo, hecho que no se declara a la aseguradora y posteriormente un incendio destruye la embarcación de río. Es cierto que el artículo L.172-2 del Code des assurances señala que cualquier omisión o declaración inexacta del asegurado puede disminuir de manera apreciable la opinión del asegurador sobre el riesgo que tiene o no afectado por el daño o la pérdida del objeto asegurado, cancela el seguro a solicitud del asegurador. Sin embargo, si el asegurado reporta evidencia de buena fe, el asegurador es, a menos que la estipulación sea más favorable para el asegurado, garante del riesgo en proporción a la prima recibida en comparación con la que debería haber percibido. Excepto cuando establezca que no habría cubierto los riesgos si los hubiera conocido.

178. Apunta BINON, *Droit des assurances de personnes*, 2.^a ed., cit., p. 181, cómo el solicitante del seguro «renseigne spontanément, le cas échéant avec l'assistance d'un membre du corps médical, tout élément qu'il doit raisonnablement considérer comme étant pertinent pour l'appréciation du risque par l'assureur».

siquiera existe cuestionario? ¿Cómo colegimos y compatibilizamos esa pretendida espontaneidad con la generación ingente de datos e información a los que por vía digital puede tener acceso una aseguradora?, ¿dónde está la certeza de lo declarado y lo conocido a través de datos proporcionados por instrumentos y dispositivos neutros y objetivos que marcan por ejemplo el ritmo cardíaco, pulsaciones, índices de masa corporal, ejercicio, actividad diaria, hábitos, etc.?

Ciertamente la declaración espontánea o *motu proprio* que haga un tomador, un solicitante de seguro, es algo voluntario, no obligatorio en nuestra norma del seguro¹⁷⁹.

Uno de los interrogantes que hemos de hacernos, sin duda, sobre el cuestionario es marcar la frontera hasta dónde y cómo se debe preguntar y tratar de hallar la mejor de las informaciones para perimetrar eficazmente el riesgo asegurado. ¿Qué es relevante y qué no lo es de cara a la información necesaria y qué en verdad precisa una entidad aseguradora para antiseleccionar el riesgo y tarificar?

Pero al mismo tiempo también tenemos que interpelarnos ¿hasta dónde hay libertad para asegurarse o no asegurarse en aras de proteger

179. Analiza al hilo de la sentencia Cass. 2^o civ., 13 déc. 2018, n.º 17-28093, ASTE-GIANO-LARIZZA, «Seule une question précise peut conduire à une révélation d'informations relative à la chose assurée», *BJDA*, 2019, n.º 61 [<https://BJDA.fr/la-revue/revue-n61/seule-une-question-precise-peut-conduire-a-une-revelation-dinformations-relative-a-la-chose-assuree>], un supuesto de contrato de seguro en el que el solicitante de seguro suscribió un contrato de seguro de riesgo múltiple para el hogar sin un cuestionario previo sobre la base de declaraciones espontáneas de aquel. Este último no declaró que el edificio había sido construido sin un permiso de construcción en un área prohibida. En el momento de la declaración de un siniestro de incendio, la aseguradora le reprocha una reticencia dolosa e invoca la nulidad del contrato. En el caso no hubo por parte de la aseguradora ninguna pregunta específica sobre la construcción del edificio por lo que, ¿la reticencia es imputable al asegurado? Nos recuerda STIGLITZ, G., «Relations entre derecho de daños y derecho de seguros», *Retos y desafíos del contrato de seguro: del necesario aggiornamento a la metamorfosis del contrato. Libro homenaje al profesor Rubén Stiglitz* [VEIGA (Dir.)], Cizur Menor, 2020, pp. 45 y ss., p. 50 como dolo y culpa grave son conceptualmente dos institutos inasimilables. Clave también el trabajo de ABRAVANEL-JOLLY, «La faute intentionnelle ou dolosive en droit des assurances», *Retos y desafíos del contrato de seguro: del necesario aggiornamento a la metamorfosis del contrato. Libro homenaje al profesor Rubén Stiglitz* [VEIGA (Dir.)], Cizur Menor, 2020, pp. 153 y ss.

nuestra vida privada y evitar la divulgación de ciertos datos y de una información confidencial y estrictamente personal?¹⁸⁰.

Muchas preguntas que pueden hacerse a un futuro asegurado inciden de plano en derechos que han de ser tutelados. El honor, la intimidad, la no divulgación de ciertos datos, la confidencialidad, el tipo de pruebas que sí se pueden hacer y cuáles no, es algo que hoy, con los avances tecnológicos y genéticos debe, en el ámbito del seguro, ser objeto de una profunda revisión.

¿Puede la tecnología, pueden las pruebas genéticas excluir la valoración de la aleatoriedad?¹⁸¹. Qué queda para lo incierto, para la aleatorio, ¿acaso la contingencia, la probabilidad incierta de que algo acaezca o no, no es sino premisa para la evaluación de un evento de realización (su propia ocurrencia) o de fecha incierta? La digitalización, el análisis predictivo de miles de datos, y la gestión de estos, ¿acaso no rompen todo atisbo de casualidad? La genética y las pruebas predictivas, mitigan, sin duda, la incertidumbre de evento, del acaecimiento u ocurrencia o resultado incierto.

No puede negarse que hay modalidades o ramos de seguros más propensos y proclives a esta sensibilidad que otros. Ramos además en los que las informaciones de naturaleza médica son esenciales de cara a poder valorar y apreciar el riesgo del contrato de seguro. Piénsese en un seguro de vida, en un seguro de enfermedad o asistencia sanitaria,

180. Sirva de referencia el trabajo de VINCINIEAU, «Assurances et vie privée. Du vide légal à l'illicite», *BRIL*, 1994, pp. 492.

181. Sumamente interesante el artículo de NOGUÉRO, «Aléa, déclaration du risque et test génétique en droit des assurances (à propos d'un cas pratique pour le gène de la maladie de Huntington: TGI Nanterre, pôle civil, 6^e ch., 25 oct. 2019, RG n.º 19/06316)», *BJDA*, 2020, n.º 67 [https://BJDA.fr/la-revue/revue-n67/alea-declaration-du-risque-et-test-genetique-en-droit-des-assurances-a-propos-dun-cas-pratique-pour-le-gene-de-la-maladie-de-huntington-tgi-nanterre-pole-civil-6e-ch-25-oct-2019-rg/?mc_cid=293b7ae7c9&mc_eid=683d89c360], donde afirma tras titular el epígrafe como «La mise à l'écart de l'appréciation de l'aléa à partir d'un test génétique»: «Para que la garantía a la que se compromete el asegurador pueda entrar en juego (liquidación de la indemnización), es necesario que determinadas circunstancias sean inciertas. La contingencia es la evaluación de un evento de realización (su propia ocurrencia) o de fecha incierta. Dependiendo de la casualidad, el evento tiene una ocurrencia o resultado incierto. Clásicamente, la jurisprudencia decide que un contrato es aleatorio cuando el beneficio que las partes obtendrán de él no es apreciable en el momento de su formación, porque depende de un acontecimiento incierto».

dependencia, etc.¹⁸². No es lo mismo o no lo será un cuestionario sobre cómo está edificado el edificio que aquel que pregunta por cuestiones claves de nuestra vida, nuestra salud, nuestros hábitos, etc.

Salud y edad se convierten en coordenadas esenciales a la hora de valorar y, por tanto, seleccionar los riesgos que pueden ser asumidos en el seguro de personas, vida, enfermedad, asistencia sanitaria, dependencia, etc.¹⁸³. Saber qué dolencias, qué enfermedades, qué antecedentes hereditarios o genéticos, incide, indudablemente en el riesgo a asegurar. Su relevancia, su esencia no impide ver con anteojeras y ser conscientes sin embargo de una potencial, al menos, situación de cierto conflicto con derechos de la personalidad del propio asegurado y medir el grado de acceso a una información específica, particular y personal del asegurado. El sufrir o no ciertas enfermedades, su desencadenante y causa, la valoración social que algunas dolencias tienen, etc., genera sin embargo una tensión entre la necesaria tutela del asegurado y su derecho a intimidad y al honor y de otra, el equilibrio justo prestacional entre las partes.

Amén de los riesgos que el dato, su manejo, su accesibilidad y utilización puede acarrear de cara a romper la tutela del titular de los mismos, así como la protección de su esfera personal. Pues, en la era del *big data* y en la que se cuestiona así mismo la función social del seguro, ¿quién controla o fiscaliza la lógica subyacente que existe o debe existir en un algoritmo que recoge, analiza e interpreta y propone conforme a ciertas previsiones y desde un ámbito o marco puramente inductivo, toda esa información?¹⁸⁴.

182. Como bien señala FONTAINE, *Droit des assurances*, 5.^a ed., cit., p. 235, incluso en el caso de deceso del asegurado, las causas médicas del evento son igualmente interesantes para el asegurador dado que pueden relevar una omisión o una inexactitud en la declaración inicial del riesgo o, evidenciar una causa de exclusión tal como es el suicidio.

183. Sobre el rol que juega y significa la esperanza de vida en el seguro, véase entre otros, la aportación de CORFIAS, «L'espérance de vie», *RGDA*, 2008, n.º 4, pp. 895 y ss.

184. Se inclina ALVES LEAL, cit., p. 207, además por fiscalizar no solo esa lógica de los algoritmos, cuanto también las combinaciones que al analizar los datos se hacen entre ellos y que a su vez promueven. Sostiene la autora lusa como el Reglamento, reforzando los deberes de información y de organización de los responsables por el tratamiento de datos personales, en aras de una mayor transparencia, suscita problemas o desafíos en el *big data*. En efecto, el principal desafío se centra en la complejidad de la lógica subyacente a los algoritmos utilizados en los modelos de análisis, que no permiten a un titular de datos medio conocer y percibir las inferencias que se establecen entre los datos que

Y esa funcionalidad y esa necesidad de garantía y cobertura no impide que la misma se lleve a cabo bajo una optimización de recursos y ahorro que solo la combinación tecnología e implementación, diseño y dinamicidad son capaces. Por esta vía es por donde debemos entender la importancia y la evolución que suponen tanto el *blockchain* como los *Smart contracts* y el *big data* y los menores costes económicos, burocráticos y de gestión que tiene la contratación, la distribución y, en caso de siniestro, la gestión de estos.

Riesgos incluso no solo privados, ni tampoco bajo la categoría de grandes riesgos y donde la erosión *a priori* de la bilateralidad en la negociación entre tomador y aseguradora no existe, o por lo menos desde un punto de vista puramente económico. Pero ¿qué margen hay en la era digital para una negociación directa y clara del asegurado o tomador de seguro y de discusión del condicionado? Acaso las dudas, los cuestionamientos ¿se solucionarán a través de comunicaciones por medio de un *chatbot*?

Cuestión distinta es, en un marco puramente contractual, predicar y, alcanzar, en todo momento, el equilibrio contractual, obteniendo cada parte el *maximum* posible de utilidad, maximizando el beneficio, aminorando o minimizando el perjuicio¹⁸⁵. Dispersarlo, que no diluirlo, es, en suma, la finalidad del seguro. Pero este no es especulación, es riesgo puro, no artificial¹⁸⁶.

son recogidos y los resultados que son obtenidos. En el Reglamento, la preocupación con la ininteligibilidad de la fórmula en las que se basa estas inferencias se revela apenas en la *cominação* de un deber de información al responsable por el tratamiento cuando en causa estén decisiones automatizadas (incluyendo la definición de los perfiles): en esos casos, debe el responsable del tratamiento de datos prestar informaciones útiles relativas a la lógica subyacente.

185. Muy crítico, pero no exento de razón, afirma FISCHER, «Why Are Insurance Contracts Subject to Special Rules of Interpretation?: Text Versus Context», *Arizona State Law Journal*, 1992, vol. 24, pp. 995 y ss., p. 1049, cuando categórico señala: «The difficulty with insurance contracts is not with their structure or with the insurer's superior size. Nor, in the absence of a showing of substantive unconscionability, is the difficulty with the actual terms of the insurance contract. Rather, the difficulty with insurance contracts lies in the average insured's inability to appreciate fully what events are covered and what events are not covered».

186. Distinguiendo entre riesgo puro y riesgo especulativo, y suponiendo el primero la posibilidad de pérdida o deterioro del patrimonio, es decir, o se produce el daño o no se produce, el riesgo especulativo no es objeto del seguro, véase BREEDY, *El contrato de seguro*, San José, 2012, pp. 189 y ss., quien señala, p. 190, cómo el riesgo especulativo es artificial, dado que el ser humano lo crea y lo busca para satisfacción o beneficio; en cambio, el riesgo puro el ser humano

La bóveda del seguro es la transferencia y asunción de ese riesgo, seleccionándolo, valorándolo, analizándolo, pero, sobre todo, antiseleccionando aquellos riesgos que otro, la entidad aseguradora, asumirá o por el contrario excluirá a cambio de un precio¹⁸⁷. Ahora bien, gestionando y analizando la ingente cantidad de información y datos, teniendo capacidad para procesarla y seleccionarla e incluso posibilitando que la inteligencia artificial ofrezca la posibilidad de adoptar procesos de decisión, ¿se desdibuja la función social del seguro?¹⁸⁸.

Con mayor acceso a información el perímetro conductual del comportamiento de un asegurado puede llegar a modelizarse, conocerse a tiempo real, pero también los resultados de sus actos, las consecuencias. Información directa que suministra el propio asegurado, o solicitante de seguro en la fase precontractual, y que seguirá prestando

no lo busca, sino que huye para que no recaiga sobre él, fungiendo el seguro como un mecanismo provisional.

187. Traemos en este punto a colación las palabras de FONTAINE, *Droit des assurances*, 5.^a ed., cit., p. 19, que argumenta: «Dans certaines branches, l'assuré doit en principe soumettre à l'assurance tous les risques de même nature qu'il court (*policies globales*), afin d'éviter l'anti-sélection, c'est-à-dire l'assurance des seules mauvais risques, et l'assureur se réserve encore un droit d'agrément. L'assureur veille en outre à donner aux risques qu'il assume les qualités et la répartition que étaient celles du groupe où les statistiques ont été élaborées, condition nécessaire à ce que vérifient dans son entreprise les probabilités précédemment dégagées».

188. Una función que, una y otra vez, en o fuera de un escenario tecnologizado, está presente en el seguro. Así, objeto del fallo de la sentencia del Supremo, de 2 de febrero de 2024, y en la que late una vieja discusión de si los familiares del conductor fallecido en un accidente de circulación, ocurrido por su única y exclusiva intervención conocida, tienen derecho a ser indemnizados por los daños morales y perjuicios patrimoniales sufridos como consecuencia de su fallecimiento con cargo al seguro de suscripción obligatorio suscrito por el accidentado. Así las cosas, la duda ha sido hasta el momento, si dentro del ámbito del seguro obligatorio, el propio conductor en su condición de causante de un siniestro en que fallecen sus familiares podría o no ser acreedor de una indemnización por los perjuicios morales por la pérdida de estos. Estamos ante un seguro obligatorio que se funda en un especial título de imputación que, en el caso de daños personales, consiste en la idea del riesgo derivado de la circulación de vehículos de motor, lo que dota al seguro de una naturaleza objetiva, **con una finalidad de socialización mediante la instauración de un sistema de aseguramiento obligatorio con un fondo de garantía y un sistema tabular de cuantificación preceptiva de los daños y perjuicios**. No estamos ante un seguro de accidentes sino de responsabilidad civil, por lo que el asegurador, se obliga dentro de los límites establecidos, al riesgo del nacimiento a cargo del asegurado de la obligación de indemnizar a un tercero los daños y perjuicios causados por el hecho de la circulación.

y suministrando, y por encima de todo, consintiendo, a lo largo de la relación de seguro con la posibilidad de modificar el alcance del contenido contractual, máxime en toda la esfera causal del mismo, esto es, el riesgo asegurado y cubierto por la entidad aseguradora¹⁸⁹.

Una información que también puede ser mediata y en cierto modo indirecta, cual es la que se suministra y circula por las redes de un sujeto en cuestión, de un asegurado y que escapa a la esfera de dominio y de control de este y que puede, además ver o ser objeto de un derecho de este último a exigir el borrado, la eliminación en las redes de esa información no deseada pero que es accesible a otros y, también, a una entidad aseguradora o intermediario.

Pensemos qué rol o en qué situación dejamos a un asegurado si un robo *advisor*, por ejemplo, decide adoptar una determinada decisión que afecta al contrato de seguro, sea en su alcance, en su duración, en su tarificación, tras el análisis de unos datos automatizados y a los que accede virtualmente sin ningún tipo de interacción humana. ¿Puede oponerse el asegurado al empleo o análisis de unos datos que él no proporcionó y que no fueron objeto del contenido de un cuestionario [de haberlo y de seguir existiendo en la era del *big data*] y que el ordenador o el robo-*advisor* infiere y fundamenta la decisión?¹⁹⁰.

189. Arguye NAYLOR, *Insurance transformed*, cit., p. 199, cómo los aseguradores pueden «offer inducements to clients to follow a personalized optimal health/activity/eating plan and provide regular health information highly applicable to you».

190. En el contexto del *big data*, analiza ALVES LEAL, «Big data», cit., p. 209, el derecho de oposición, así como el derecho a apagar o al olvido de datos, que encuentran sin duda en el análisis de datos en internet un campo fértil de aplicación. De otra parte, surge el derecho del titular de datos ante decisiones automatizadas a no quedar sujeto a la acción como consecuencia de la automatización. Así, la autora portuguesa teniendo en cuenta el art. 22 del Reglamento europeo, sostiene que este derecho a no quedar sujeto apenas se constituye en la esfera del titular de los datos si (i) en la causa estuviera una decisión adoptada sin intervención humana directa, por parte del decisor, en el proceso decisorio, o de una decisión tomada con esa intervención, mas cuya motivación se basa en los resultados de un tratamiento automatizado de los datos; (ii) que vincula a una concreta persona y no a un grupo de personas y (iii) que produce o pueda producir efectos en su esfera jurídica, positivos o negativos, o que, de algún modo, lo afecte de una manera similar. No se está ante un derecho del titular de los datos, sino ante una situación de inmunidad del tutelar de los datos a la tentativa de otra persona (el decisor) de alterar su esfera jurídica a través de una acción (o toma de decisión), a la que correlativamente corresponde la ausencia de un poder o una incompetencia de la persona teniendo en vista la alteración de la causa.

O, por otra parte, ¿se diluyen cuando no se difuminan absolutamente ciertos caracteres esenciales del seguro y elevados en su momento a un status o axioma de principio inmutable como es la aleatoriedad hoy sin embargo totalmente cuestionada?¹⁹¹.

El seguro no aniquila el daño, sino que tolera un traslado de la carga económica por el sujeto amenazado por un evento patrimonialmente desfavorable, a otro —asegurador— que, a esos fines, ha constituido una mutualidad especialmente «preparada para absorber el riesgo de indemnización»¹⁹². Es una operación de transferencia de riesgos¹⁹³. Más o menos simple¹⁹⁴. Siendo esta la pauta que define e impregna todo contrato de seguro, incluso aquellos donde la función de capitalización y financiera, amén de la de ahorro, se convierte en el nervio causal del contrato mismo¹⁹⁵.

Ahora bien, ¿cómo lo hará o seguirá haciendo ante una realidad en que los datos masivos, su gestión, su análisis y su implementación en la técnica del seguro puede no solo distorsionar los viejos parámetros del mismo, cuando tutelar y poner en cuestión su uso respecto a la adecuación por ejemplo de la legislación de la protección de datos personales?¹⁹⁶.

191. Sobre este cuestionamiento, nos remitimos el capítulo segundo de esta misma obra, VEIGA, *Tratado del contrato de seguro*, I, 7.^a ed., Cizur Menor, 2021.

192. Véase en este sentido FRIEDMANN, *El derecho en una sociedad en transformación*, México, 1966, p. 144.

193. Sobre esta transferencia de riesgos y un análisis económico de la misma, *vid.*, entre otros, OLIVEIRA MARTINS, *O seguro de vida. Enquanto tipo contratual legal*, Coimbra, 2010, pp. 143 y ss., donde analiza las razones de esta transferencia de riesgos.

194. Recuérdese la enorme impronta que ha tenido en la dogmática la teoría de la asunción de riesgos. Una teoría en la que, el nervio de la misma, radica en que el seguro no se concibe como un contrato por el cual la prestación del asegurador estriba en el pago de una eventual indemnización, sino en soportar o asumir el riesgo contra el cual el asegurado se quiere proteger desde la conclusión del contrato. Es la *Gefahrtragungstheorie* estudiada por autores como Gierke, Bruck, Stolfi, Fanelli, etc. Véase sobre esta teoría las interesantes reflexiones de MONTIEL ÁLVAREZ, *Resseguro e seguro*. Ponto de contato entre negocios jurídicos securitários, Porto Alegre, 2014, pp. 35 y ss.

195. Y es que, como indica LA TORRE, *Le assicurazioni*, 4.^a ed., Milano, 2019, p. 17: «Il rischio riguarda l'accadere di un evento sfavorevole».

196. Señala GARCÍA MANDALONIZ, «Derecho de seguros 4.0», *cit.*, p. 19, cómo el crecimiento constante y ágil de la recopilación de los datos propiciado por los avances tecnológicos supone indudables oportunidades para la mejora de la estrategia empresarial en el sector de los seguros. En seguros de personas ya

Otra cuestión es si, con esa transferencia, las partes, ambas, alcanzan o no en un contexto claro de incertidumbre, satisfacción o no¹⁹⁷. La aversión al riesgo ha de entenderse, lógicamente, dentro de un perímetro de utilidades. Una utilidad esperada que minimice el impacto del coste de una prima, y una utilidad compartida y generaliza que minimice el impacto de la siniestralidad a través de una mutualidad homogénea de riesgos y sujetos¹⁹⁸.

Acaso la autoejecución de una póliza digital con respecto a las órdenes programadas en un contrato inteligente ¿alterará la siniestralidad o alterará por el contrario la propensión al riesgo y la no aceptación de aquellos riesgos más susceptibles de siniestralidad?, ¿qué ocurre entonces con los coches o vehículos autónomos donde con la aplicación de inteligencia artificial *a priori* caerá drásticamente la siniestralidad?, ¿tendrá sentido las coberturas de seguro tal y como las conocemos hasta este momento? Pues, ¿acaso es factible que a través del contrato del seguro pueda en verdad reducir el riesgo a través del control del comportamiento del propio asegurado?

O acaso ¿no existen presupuestos o factores de garantía *sine qua non* que no solo posibilitan el seguro sino que condicionan y presuponen el riesgo mismo causal del contrato?¹⁹⁹. Son los que se conocen como

se emplea el *big data* para la atención personalizada del cliente, la prevención del fraude o la concreción del valor de las primas.

197. Sostiene NAYLOR, cit., p. 199, cómo «social capital will be vital so that customer trust can be gained so vital and confidential health data can be gathered. Industry wide methods of secure data storage may need to be created so there is an infrastructure of trusted, neutral, and secure storage».

198. Como bien apunta OLIVEIRA MARTINS, *O seguro de vida*, cit., p. 145, la existencia de un grado mínimo de aversión al riesgo, implica que el sujeto se dispondrá a abdicar de un valor cierto superior al valor esperado de una pérdida incierta, tanto mayor siendo su aversión al riesgo cuanto mayor sea el valor cierto del que está dispuesto a abdicar para evitar tal pérdida. Se comprende de este modo que «o sujeito avesso ao risco se disponha a entregar ao segurador um montante de prémios de valor superior ao valor esperado da prestação eventual que obtêm em troca».

199. En este punto, nuevamente, GUILLOU, «La condition de garantie et le risque», cit. [recurso electrónico], se refiere a las mismas como: «la condición de garantía contribuye sustancialmente a determinar el alcance de la garantía, al tiempo que reduce la probabilidad de que ocurra el riesgo. Por lo tanto, entre las condiciones de garantía, algunas de ellas están claramente diseñadas para alentar al asegurado a ser particularmente cauteloso y vigilante, en particular al exigir la posesión de autorizaciones específicas como la licencia de conducir, licencia de piloto profesional etc.,... Pero otros van más allá al establecer un verdadero arsenal de prevención de riesgos o medidas de protección mínimas

Con este volumen, el primero de esta obra estructurada en un total de siete se aborda el concepto, la función y el elemento subjetivo del contrato de seguro. Se analiza y disecciona de un modo minucioso el significativo real del contrato y del seguro en sí mismo, cuestionando la finalidad y función actual del seguro en un momento y entorno cambiante y con una fortísima disrupción tecnológica al tiempo que una imbricación de criterios de sostenibilidad y eficiencia que impacta en lo que ha sido hasta este momento la fisonomía y los caracteres del contrato de seguro y que tensionan sus anclajes. Un contrato y una realidad en torno al riesgo que supone una tímida apertura hacia un cambio de paradigma. Por otra parte al estudiar y analizar los elementos subjetivos, que no necesariamente las partes del contrato, se incide y diferencia los roles del tomador y asegurado, la estructura de las aseguradoras y distribuidores del contrato de seguro para concluir con las figuras del beneficiario y cesionario. El anclaje dogmático pero sobre todo práctico ofrecen una rica visión acompañada de un análisis comparado de los principales ordenamientos y experiencias jurídicas internacionales.

ISBN: 978-84-1085-677-6

