

LA CONTRATACIÓN DEL SEGURO POR VÍA ELECTRÓNICA¹

Jesús Almarcha Jaime

Centro de Estudios de Consumo

Universidad de Castilla-La Mancha

Departamento de Gestión del Conocimiento de Gómez-Acebo & Pombo

Fecha de publicación: 7 de noviembre de 2015

1. La aceptación de la oferta y el derecho de desistimiento por contratar en la red

El derecho de desistimiento de la contratación electrónica² del seguro con **consumidores** (personas físicas, pues será extraño que las personas jurídicas contraten un seguro en el ámbito de consumo), que resulta irrenunciable y cuyo ejercicio es *ad nutum*, se regula en el artículo 10 de la Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores (en adelante, Ley 22/2007). Este artículo prevé que el derecho de desistimiento del consumidor será de catorce días naturales para todos los seguros, y de treinta días para los seguros de vida. Ahora bien, no será de aplicación este derecho de desistimiento a los contratos de seguro siguientes:

- En los que el tomador asuma el riesgo de la inversión, así como los contratos en los que la rentabilidad garantizada esté en función de inversiones asignadas a los mismos³.

¹ Trabajo realizado en el marco del Programa Estatal de Fomento de la Investigación Científica y Técnica de Excelencia (Subprograma Estatal de Generación de Conocimiento) otorgado al Grupo de investigación y centro de investigación CESCO, *Mantenimiento y consolidación de una estructura de investigación dedicada al Derecho de consumo*, dirigido por el Prof. Ángel Carrasco Perera de la UCLM, Ref.: DER2014-5606-P, así como en el marco del Proyecto *Grupo de investigación del profesor Ángel Carrasco*, con referencia 2015-BCL-5694 de la UCLM, que dirige el Prof. Ángel Carrasco Perera.

² Tipo de contratación incluíble dentro de los denominados «contratos a distancia». *Vid.* CAMACHO PEREIRA, C.: «Reflexiones sobre el ejercicio del derecho de desistimiento en la contratación electrónica de seguros por consumidores» en MADRID PARRA, A. (Dir.): *Derecho del sistema financiero y tecnología*, Marcial Pons, 2010, p. 420.

³ Hay que destacar que el seguro de vida *unit-linked*, que ya se encontraba fuera de los supuestos en los que existía derecho de desistimiento en la contratación ordinaria, carecerá también de protección en la contratación electrónica por consumidores. La razón estriba en evitar que el tomador desista durante el primer mes del contrato como consecuencia de la mala inversión, de tal forma que haría cargar a la aseguradora con el riesgo al tener ésta que devolver la parte de la prima no consumida.

- Los de viaje, equipaje o seguros similares de una duración inferior a un mes.
- Aquellos cuyos efectos terminen antes del plazo de catorce o treinta días, según el tipo de seguro de que se trate.
- Los que den cumplimiento a una obligación de aseguramiento del tomador.
- Los planes de previsión asegurados.

El plazo comienza a computarse desde el día que se celebra el contrato, excepto en los seguros de vida, en cuyo caso el plazo comienza cuando se informe al consumidor de que el contrato ha sido celebrado. Aun así, el comienzo del plazo se subordina al día de la efectiva recepción, por parte del tomador, de las condiciones contractuales y la información contractual sobre el proveedor, el seguro, la contratación a distancia y los medios de reclamación e indemnización (*ex art. 7 Ley 22/2007*).

El derecho de desistimiento de la contratación electrónica del seguro con **no consumidores** no se regula de forma especial. En consecuencia, nada obsta a que sea aplicable el régimen general que para la resolución de contratos prevé la Ley 50/180, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro (LCS). Sin embargo, este derecho de desistimiento sólo puede contemplarse en el ámbito del seguro de vida, conforme al artículo 83 a) LCS, que es el único que prevé un plazo de treinta días para rescindir el contrato por parte del tomador, sin especificar si se refiere a la persona física o jurídica, consumidora o no. Ahora bien, no será cualquier seguro de vida, sino sobre aquellos que tengan una duración superior a seis meses⁴. Se exceptúan de esta facultad unilateral de resolución los contratos de seguro en los que el tomador asume el riesgo de la inversión (*unit linked*), así como los contratos en los que la rentabilidad garantizada esté en función de inversiones asignadas en los mismos. El plazo comienza a computarse desde el día en que el asegurador entregue al tomador la póliza o documento de cobertura provisional.

⁴ Sin embargo, en el ámbito del consumidor no existe limitación temporal alguna, por lo que quedará protegido siempre. Aunque será extraño que se contrate un seguro de vida por un período inferior al exigible, considero que con esta norma existe un resquicio para la picaresca del asegurador, al cual le bastaría con la emisión y contratación de seguros de vida por período de seis meses o menos para dejar al tomador sin derecho de desistimiento. Y ello no supondría realmente un problema práctico para el asegurador por cuanto el contrato de seguro puede prorrogarse sin mayor problema, por lo que en definitiva estaría comerciando un seguro de vida similar a los demás en duración. Y tal conjetura se acentúa si tenemos en cuenta que el derecho de desistimiento se ostenta sólo al inicio de la contratación «primitiva», pero no en la fase posterior a la prórroga.

2. Vinculación de las condiciones generales de la contratación: ¿cuándo puede decirse que el adherente ha consentido y ha tenido disponibilidad de las condiciones?

2.1. Consumidores

Las condiciones generales de la contratación son cláusulas no negociadas individualmente (a efectos del art. 80.1 TRLGDCU), por lo que deben suministrarse «sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso, deberá hacerse referencia expresa en el documento contractual». El alcance de estos requisitos debe interpretarse en el marco conjunto del artículo 3 LCS, el artículo 9 Ley 22/2007 y el artículo 5 LCGC⁵. Del estudio de todos ellos puede deducirse lo siguiente:

- Las condiciones generales de la contratación deben incluirse en papel o en un soporte duradero accesible al consumidor y deberán suministrarse siempre con antelación a la suscripción del seguro por el tomador⁶.
- El requisito formal de constancia por escrito debe interpretarse hoy día en sentido amplio⁷. Ciertamente es que la esencia primitiva de las normas reguladoras del contrato de seguro giraba entorno a la indispensable constancia del contenido del contrato en soporte papel, pero nada obsta a que en la actualidad se respeten las exigencias legales con la mera constancia del contenido por escrito, pero en la pantalla, a través de un canal accesible (ello sin detrimento del derecho del consumidor a exigir una copia en soporte papel).
- En base a lo anterior, para entender que el tomador ha tenido disponibilidad a las condiciones es suficiente con que en el documento electrónico se

⁵ Algunos autores no consideran aplicable al contrato de seguro la LCGC por la exclusión que prevé el artículo 3.2 de esta norma. Mi opinión es contraria a tal conjetura: la LCS y la LCGC son compatibles entre sí y aplicables conjuntamente al contrato de seguro porque la LCS no contiene una regulación exhaustiva (apoya esta opinión el contenido del art. 59.3 TRLGDCU y el art. 591-3.2 del Anteproyecto de la Ley del Código Mercantil).

⁶ En mi opinión, nunca será aplicable la regla excepcional (*ex art. 9.2 Ley 22/2007*) de suministro de las condiciones generales de la contratación de forma posterior a la suscripción del seguro por el tomador cuando sea éste quien solicite la contratación, puesto que en la contratación en red siempre será posible suministrar las condiciones de forma previa a la firma del contrato.

⁷ En este sentido se pronuncia el artículo 421-1.2 del Anteproyecto de la Ley del Código Mercantil.

incluya una remisión a una página web accesible a través de un *link*, que contendrá dichas condiciones, sin necesidad de que se reproduzcan íntegramente en el documento continente de la remisión. Ello respetaría la simultaneidad, previsión y documentación complementaria (*per relationem*) que exigen los artículos 80.1 TRLDGCU y 3 LCS⁸.

- El problema principal se circunscribe a la delimitación del momento en el que nacen los efectos jurídicos de la aceptación de las condiciones por el tomador⁹, es decir, desde cuándo ha consentido. Ello está relacionado intrínsecamente con la finalización del proceso de aceptación. Sin embargo, la normativa no establece un mecanismo formal e inequívoco para el supuesto de contratación electrónica, sino que impone a las partes el uso de un medio que cumpla con los requisitos preestablecidos (claridad, sencillez, por escrito, accesibilidad, simultaneidad, previsión, etc.).

Así, para algunos autores, por ejemplo, es suficiente con la inclusión de las condiciones en una página subordinada a la principal que sea accesible de forma fácil y obligatoria, cuyo enlace debe establecerse en la antefirma, de tal modo que, constatado fehacientemente el acceso a la misma, pueda hacerse *click* en una o varias casillas que supongan la declaración de voluntad del tomador de incorporación de las condiciones al contrato¹⁰.

Por tanto, ante este vacío legal, considero que sería apropiado, dentro de los márgenes de equivalencia funcional (que ya de por sí relaja la rigurosidad de la formación del negocio jurídico por motivos prácticos), el requerimiento, como mínimo, de la aceptación mediante la firma electrónica y la redacción

⁸ El artículo 421-8 del Anteproyecto de la Ley de Código Mercantil establece que «[l]a comunicación electrónica dirigida a la perfección de un contrato que pretenda comprender condiciones generales habrá de incluirlas en toda su extensión, incorporarlas mediante referencia a su acceso electrónico o efectuar su mera remisión en caso de condiciones ampliamente conocidas y regularmente observadas en el tráfico considerado. En estos dos últimos supuestos las condiciones generales permanecerán accesibles a las partes quienes podrán recuperarlas en todo momento durante la vigencia del contrato».

⁹ Cabe matizar que la aceptación de la incorporación de las condiciones generales de la contratación por el tomador es un acto aislado e independiente de la firma del contrato en su conjunto, con efectos jurídicos distintos, aunque generalmente tienen lugar de forma correlativa o simultánea.

¹⁰ Considero que este mecanismo, aun considerándose que cumple con los requisitos formales exigibles, no es aceptable por cuanto deja de lado la rigurosidad que se desprende de la contratación del seguro. La aceptación, como declaración de voluntad, debe respetar unos criterios más estrictos en este tipo de contrato puesto que los efectos que se desprenden de la misma no son baladíes. No puede considerarse meramente válido hacer *click* sobre una casilla predispuesta pues, en lugar de incentivar a la lectura del contenido, lo que favorece es el efecto contrario.

expresa de una oración por parte del tomador en la que manifieste expresamente que ha leído y comprendido el contenido de las condiciones generales de la contratación detalladas, y que las acepta. Será desde entonces cuando la aceptación tenga lugar y despliegue todos sus efectos jurídicos.

2.2. No consumidores

El marco jurídico en el ámbito del tomador no consumidor se ve más reducido, por lo que la regulación emana del estudio conjunto de los artículos 5 LCGC, 3 LCS y 27.4 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (Ley 34/2002). Pueden extraerse las siguientes conclusiones:

- Las condiciones generales de la contratación deben ponerse a disposición del tomador previamente a la perfección del contrato, en un soporte accesible. Por tanto, difiere del ámbito de consumo en que aquí no es necesario que conste por escrito. De hecho el único precepto que podría aplicarse y que contemplaba este requisito, el artículo 5.4 LCGC, fue derogado. Sólo del artículo 5.5 LCGC y del artículo 3 LCS emana cierto interés por el requerimiento de la escritura (olvídense aquí ya el requerimiento del soporte papel, que resulta todavía más displicente), pero el artículo 27.4 Ley 34/2002 declina exigir tal formalismo. Más bien parece que el legislador ha querido respetar la voluntad de las partes en la formalización del contrato de seguro¹¹.
- Respecto a la aceptación de las condiciones, opino que es aplicable el mismo criterio seguido en el ámbito del consumidor, puesto que la declaración de voluntad, es decir, la aceptación, debe tener prácticamente la misma protección en este sentido, aunque los requisitos formales se relajen.

¹¹ La salvedad a esta concepción podemos encontrarla en las exigencias de información previa que debe suministrarse por escrito al tomador *ex* artículo 96 de la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras (LOSSEAR). Si consideramos que la información referida en cada caso concreto debe incluirse en el concepto de «condición general de la contratación», nos encontraríamos ante una antinomia, pues ciertas condiciones serían exigibles por escrito y otras no. Lo cierto es que tal antinomia no tendrá mucha repercusión, pues resultará raro que en la práctica no se suministren las condiciones por escrito en la contratación en red (aunque no ocurriría lo mismo en la contratación telefónica, por ejemplo).

3. Las cláusulas limitativas *ex artículo 3 LCS*: cómo se destacan «especialmente» y cómo se aceptan «específicamente» en la contratación en red

Sobre la aceptación específica y el destacado especial de las cláusulas limitativas en el ámbito de la contratación electrónica no se establece expresamente el modo en el que el asegurador debe destacar especialmente las cláusulas limitativas, así como tampoco se establece el modo de aceptación específica.

Esta laguna legal es un arma de doble filo, pues otorga libertad de forma al asegurador, pero éste puede verse ante la incertidumbre de si el mecanismo que emplea es o no acorde a la ley. La jurisprudencia ha venido exigiendo el requisito de la «doble firma» para la aceptación de las cláusulas limitativas, así como el uso de un destacado especial a través del uso de formatos como la negrita, el subrayado o la separación del contenido de estas cláusulas en un documento aparte complementario.

Si trasladamos estos requisitos al ámbito de la contratación en red, para que exista cierta equivalencia funcional y una correcta aplicación práctica por el asegurador, aprovechando las oportunidades que ofrecen los medios electrónicos e informáticos, puede establecerse lo siguiente:

- Cada cláusula limitativa debería aparecer sola en una página independiente, de tal forma que sin la aceptación de una no se acceda a la siguiente¹².
- Asimismo, a cada página puede aplicarse una restricción temporal que se considere suficiente como para que el tomador haya leído el contenido de la cláusula. Así, por ejemplo, existiría una restricción temporal mínima de un minuto entre cada cláusula, sin que el tomador pueda abandonar la página o aceptar la cláusula antes de que ese tiempo haya expirado.
- Supletoriamente, con el fin de afianzar que el lector lee la cláusula, puede exigirse que la copie de forma literal o que incluya una oración en la que manifieste que ha leído la cláusula y que entiende y acepta su contenido.
- La aceptación debe efectuarse mediante el uso de la firma electrónica avanzada, a través del DNIe¹³, por ejemplo, y ello por las siguientes razones:

¹² A pesar de que algunos autores consideran que es suficiente con compendiar todas las cláusulas limitativas y «estampar» una sola firma, en mi opinión, al igual que mantengo en la contratación ordinaria presencial, cada cláusula debe aceptarse de forma individual.

¹³ Más información sobre el Documento Nacional de Identidad electrónico y sus ventajas en: http://www.dnielectronico.es/PortalDNIe/PRF1_Cons02.action?pag=REF_1007&id_menu=%5B51%5D.

- En primer lugar, nos encontramos ante cláusulas limitativas, es decir, las cláusulas que normalmente propician la aparición de controversias en los tribunales, sobre todo en el modo de presentación en la póliza y de su aceptación. Por ello, con el fin de disminuir la litigiosidad y aportar mayor seguridad jurídica al negocio jurídico, esta opción es la que menos dudas suscita en el ámbito de la aceptación (y ello por todo lo que se expone a continuación).
- En segundo lugar, el método consistente en clicar una casilla en la que se indique «He leído y acepto esta cláusula» no supone por sí mismo un medio equivalente a la firma manuscrita.

Si lo que se intenta sustituir es la firma manuscrita que exige la ley, como medio personalísimo de declaración de la voluntad del contratante, no puede darse el mismo valor a un clic, por cuanto éste no resulta ser un medio personalísimo de aceptación y no constituye un medio inequívoco (de hecho puede decirse que se hizo clic por error, o que existía un error informático que auto-aceptaba las casillas).

En cambio, la firma electrónica avanzada sí lo es, es el equivalente (funcional) a la firma manuscrita y, por tanto, es el único medio al que podemos otorgar tal condición. En consecuencia, un clic no ostentará el mismo valor probatorio que la firma electrónica avanzada, pues ésta última tendrá presunción legal de certeza *iuris tantum*, conforme al artículo 385 LEC.

- En tercer lugar, el uso de la firma electrónica avanzada puede suponer un medio eficaz para solventar uno de los impedimentos a los que se enfrenta la contratación electrónica del seguro, esto es, la constatación de la capacidad del tomador¹⁴.

¹⁴ ¿Cómo verifica el asegurador que el tomador es capaz? Sólo se me ocurren los siguientes medios: (i) crear un cuestionario previo al inicio del contrato que sea similar al que hace un forense en los juzgados en los procesos de incapacitación, pero con una limitación temporal para cada respuesta, de forma que el cliente no caiga en la picaresca de buscar en Google o cualquier otro medio la respuesta, o (ii) que se cree una base de datos -pública o privada, al estilo de los registros de morosos- donde se incluyan los datos de todos aquellos que estén incapacitados para la contratación de seguros, de modo que la firma electrónica sea verificada previamente en el fichero (de forma automática a través de algún proceso informático). En consecuencia, si la firma aparece como «incapacitada», el cliente no puede contratar y la aseguradora evita problemas ulteriores.

- En cada página debería señalarse de forma clara e indubitada que la cláusula ostenta tal condición y su efecto constituye la limitación de derechos del asegurado.
- Las páginas evidentemente deben aparecer de forma previa a la firma del contrato y su acceso debe ser obligatorio.
- El contenido de las cláusulas debe aparecer destacado utilizando un formato especial: usando la negrita, el subrayado e, incluso, colores de resaltado del texto que resulten llamativos a la vista¹⁵. También se aconseja la utilización de una fuente mayor que la utilizada para el resto de la póliza.

4. Conclusiones

A pesar de todo, nada garantizará que el tomador comprenda el contenido de las cláusulas limitativas o que ni siquiera vaya a leerlas. Pero poco margen tienen el legislador y el asegurador para tratar de que el tomador se moleste y se comprometa en la consecución de esta finalidad. Al menos el asegurador habrá cumplido con la máxima diligencia, aunque queda en manos de la educación del tomador el logro del fin último.

Asimismo, pese a que la expansión de la utilización de los medios electrónicos para la contratación es manifiesta, considero que en el ámbito del seguro requerirá todavía de una larga adaptación. Los importantes requisitos formales para dar validez a este contrato y la necesidad de seguridad jurídica para las partes está provocando que los medios electrónicos sean utilizados por ahora con carácter meramente informativos, subordinando la contratación al procedimiento tradicional. La caracterización de este contrato como de adhesión y la inexistencia de un equilibrio efectivo entre las partes resulta difícil de superar en la contratación presencial y en papel, y esta dificultad se acentúa aún más en la contratación electrónica, donde la confianza, la transparencia y la constatación de los elementos esenciales del contrato se encuentran inmiscuidas en una situación más controvertida, aunque no por ello imposible, pues este es el cometido del presente estudio.

¹⁵ Si un beneficio ostenta este tipo de contratación es que el asegurador tiene muchas más alternativas para el destacado del texto y el intento por captar la atención del tomador.