

LA TRANSFORMACIÓN DIGITAL EN LOS SEGUROS: PELIGROS DE LA SOBRECARGA DE INFORMACIÓN

Margarida Lima Rego*

Professora Catedrática en la NOVA School of Law
Investigadora del CEDIS

I. INTRODUCCIÓN

En la primera sección, este texto presenta una breve revisión del modelo tradicional de formación de contratos. El objetivo es demostrar que, en gran medida como consecuencia de la transformación digital y la sobrecarga de información inherente a la misma, este modelo ha quedado obsoleto, especialmente en lo que se refiere a la afirmación de que, si las partes que negocian un contrato están de acuerdo en todos los puntos esenciales, estos puntos serán los únicos que se incluirán en el contenido del contrato, sin posibilidad de que las partes releguen a terceros la reflexión, consideración e incluso conocimiento de cualesquiera otros aspectos que eventualmente deban incluirse en el respectivo contrato. La sección final de este texto pretende reflexionar sobre el impacto de estos desarrollos en el ámbito específico de los contratos de seguros, cuestionando, en particular, si todas las cláusulas contractuales generales utilizadas por el sector asegurador pueden verdaderamente y rigurosamente ser categorizadas como de naturaleza contractual.

II. EL MODELO TRADICIONAL DE FORMACIÓN DE CONTRATOS

El modelo tradicional para la formación de contratos de seguros no difiere sustancialmente del modelo tradicional para la formación de la mayoría de los tipos de contrato, basado en un intercambio de declaraciones de negociación: una de las partes hace una oferta, se espera que la otra la acepte o la rechace, o que presente una contraoferta. Ésta, a su vez, puede ser aceptada o rechazada, o puede presentarse una nueva contrapropuesta. Y así sucesivamente. Otra posibilidad es que las partes firmen una declaración conjunta. Cuando se trata de un contrato de seguro, el modelo tradicional se basa, por tanto, en un ejercicio de autonomía privada, aunque, las más de las veces, con las limitaciones derivadas del hecho de que las cláusulas suelen corresponder casi en su totalidad a un conjunto de cláusulas contractuales generales previamente redactadas por el asegurador, como es el

caso de los contratos de adhesión, de cuyo contenido habrá sido informado previamente el tomador del seguro para estar en condiciones de expresar su acuerdo con su contenido¹.

La existencia de acuerdo entre las partes sobre todos y cada uno de los elementos que integran el contenido de un contrato es, según este modelo, esencial para su formación. Sin él, el contrato no puede existir. Así lo establece el artículo 232 del Código Civil portugués:

«El contrato no se perfecciona hasta que las partes han acordado todas las cláusulas sobre las que cualquiera de ellas ha considerado necesario ponerse de acuerdo».

Literalmente, la disposición establece que cuando las partes llegan a un acuerdo sobre al menos uno de los aspectos que ambas o una de ellas consideran esenciales para el contrato, debe concluirse que éste no se ha formado. Hasta aquí, todo claro. Sin embargo, la redacción del precepto plantea dudas sobre qué debe concluirse cuando las partes se ponen de acuerdo en lo que ambas consideran *essentialia negotii*, pero no han reflexionado personalmente, considerado o siquiera conocido exhaustivamente todas y cada una de las cláusulas contenidas en el documento contractual. Imaginemos que simplemente decidieron no leerlo, o que, como suele ocurrir, encargaron a sus asesores jurídicos que se ocuparan de los detalles, y las propias partes se ciñeron a lo esencial. ¿Qué ocurre entonces? ¿Hubo contrato en este caso? En caso afirmativo, ¿cuál era su contenido y alcance?

Los trabajos preparatorios de la ley en cuestión demuestran que esta posibilidad no se consideró en absoluto. Más bien, el legislador portugués se dio cuenta de que los puntos esenciales y los aspectos secundarios del contrato merecían un tratamiento diferente. La idea sería entonces que, para que el contrato quedara perfeccionado, las partes tendrían que ponerse de acuerdo sobre los puntos esenciales, mientras que podrían dejar los aspectos secundarios para una negociación posterior, y correspondería al tribunal suplir las carencias de estos últimos. En ningún momento parece haberse contemplado que los aspectos secundarios pudieran pasar a formar parte del contrato sin el acuerdo previo de las partes. En última instancia, la intervención del tribunal².

En cualquier caso, la respuesta que tradicionalmente se ha dado a tales cuestiones es (todavía) relativamente pacífica en nuestra doctrina y jurisprudencia: según los cánones de formación de los contratos, si las partes se han puesto de acuerdo sobre todos los puntos esenciales, los puntos sobre los que ha habido acuerdo constituirán el contenido único del trato³. Los aspectos secundarios, es decir, los aspectos no esenciales, sobre los

* Este texto es la base escrita de mi intervención en el *Congreso Internacional «Digitalización y Seguros»*, celebrado los días 26 y 27 de octubre de 2023 en la Universidad de Oviedo.

¹ En Portugal, véase C. FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos I. Conceito. Fontes. Formação*, 6.ª ed., Almedina 2017, pp. 114-115.

² Cf. A. VAZ SERRA, «Perfeição da declaração de vontade – Eficácia da emissão da declaração – Requisitos especiais da conclusão do contrato» en (1961) 103 *Boletim do Ministério da Justiça* 5-151, en las pp. 130-135. Este estudio, relativamente desarrollado, fue realizado por el autor al redactar la versión inicial de lo que sería el artículo 232 del Código Civil.

³ En Alemania, los artículos 154 y 155 del BGB son aún más claros en su redacción, concluyendo que sólo forman parte del contrato aquellos aspectos sobre los que las partes han llegado a un acuerdo.

que al menos una de las partes no llegó a un acuerdo, aunque formaran parte del texto de la propuesta o de la aceptación, no se incluyeron en el contrato y, por tanto, no forman parte de su contenido⁴.

Cuando me refiero al *contenido del contrato*, utilizo el término «como expresión de la escisión entre forma y contenido, equivalente, en el plano del texto, a la distinción entre signifiicante y significado». El contenido del contrato es, pues, en este sentido, «el resultado jurídico del acuerdo o consenso, es decir, la estructura correspondiente al significado global del consenso, tal como se determina en armonía con los cánones de interpretación»⁵.

Desde la entrada en vigor del Código Civil portugués en 1967, se ha intensificado la difusión de cláusulas estandarizadas que los proveedores de bienes o prestadores de servicios redactan de antemano e imponen a sus clientes, sin negociación individual, hace relativamente poco tiempo en el Derecho civil, pero no tanto en el ámbito específico de los contratos de seguros. Este fenómeno está muy extendido en el sector de los seguros desde hace mucho tiempo, ya que casi todos los contratos de seguros vigentes hoy en día son contratos de adhesión. La novedad es que hoy en día, como veremos a continuación, gracias al fenómeno de la transformación digital, el uso masivo de cláusulas contractuales generales ha alcanzado una escala sin precedentes en todos los ámbitos y no solo en el de los seguros.

En un primer momento, la ley reguladora de la contratación a través de las denominadas cláusulas generales de contratación reafirmó la misma respuesta a la cuestión del destino de los aspectos no esenciales del contrato, determinando ahora expresamente que las cláusulas se incluyen en los contratos por aceptación, debiendo ser comunicadas con la antelación necesaria para que las cláusulas sean leídas, comprendidas y aceptadas en su integridad, destacando la importancia de su «conocimiento completo y efectivo»⁶. Por si quedaba alguna duda, véase el primer párrafo del Preámbulo:

«La libertad contractual es uno de los principios básicos del Derecho privado. En su sentido más pleno, presupone negociaciones preliminares completas, al término de las cuales las partes, después de haber sopesado sus intereses respectivos y los diversos medios de perseguirlos, acuerdan, con discernimiento y libertad, determinadas estipulaciones»⁷.

En respuesta a los desafíos a la libertad contractual derivados de la masificación del comercio y del desigual poder de negociación de las partes que caracteriza la contratación masiva, se ha adoptado lo que algunos denominan un modelo informativo: un modelo

⁴ Véase, por ejemplo, P. P. VASCONCELOS, *Teoria geral do direito civil*, 5.ª ed., Almedina 2008, pp. 486-490.

⁵ C. FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos II. Conteúdo. Contratos de troca*, 4.ª ed., Almedina 2014, p. 13.

⁶ Arts. 4 a 9 de la Ley de Cláusulas Contractuales Generales: Decreto-Ley 446/85, de 25 de octubre, en la versión resultante de las modificaciones del Decreto-Ley 220/95, de 31 de agosto, del Decreto-Ley 249/99, de 7 de julio, y del Decreto-Ley 323/2001, de 17 de diciembre.

⁷ DL n.º 446/85, de 25 de octubre, n.º 1, § 1, del Preámbulo.

basado en la creación —y multiplicación— de deberes de información⁸, aunque complementado con elementos de control sobre el contenido de estas cláusulas⁹. Ha habido deberes de información en los contratos basados en cláusulas contractuales generales, deberes de información en los contratos electrónicos, deberes de información en los contratos a distancia, deberes de información comunes a las relaciones de consumo, deberes de información sectoriales y deberes de información sin fin. En las dos últimas décadas, la palabra clave ha sido «transparencia»:

«El principio de transparencia también se adecua al discurso argumentativo típico del pensamiento civilista, ya que su función es instrumental a la autonomía privada, permitiendo crear las condiciones para su ejercicio. Así, el objetivo de este modelo es mejorar la calidad del consentimiento del consumidor y también corregir el desequilibrio de las prestaciones, así como promover la defensa de la justicia interna del contrato»¹⁰.

Esta multiplicación de los deberes de información ha sentado las bases del modelo tradicional de formación de contratos, sin por ello adaptarlo a los nuevos contextos.

III. LA TRANSFORMACIÓN DIGITAL: SU IMPACTO EN LA FORMACIÓN DE CONTRATOS EN GENERAL

Si, en un primer momento, la indispensabilidad de un consentimiento plena y exhaustivamente informado sobre todo lo que actualmente constituye el contenido real o potencial de un contrato consiguió sobrevivir relativamente indemne a la llegada de la multiplicación de los contratos de adhesión, en el tránsito al siglo XXI, sin embargo, parece haber entrado finalmente en crisis, sobre todo debido al fenómeno que se conoce como transformación digital. En la actual sociedad de la información, paradójicamente, el modelo informativo simplemente no funciona¹¹.

En la era de la transformación digital, asistimos a un recrudescimiento de la diversificación y la complejización de las cláusulas. La reacción consistió, en un primer momento,

⁸ Cfr. H. C. GRIGOLEIT, «Grenzen des informationsmodells. Das Spread-Ladder-Swap Urteil des BGH im System der zivilrechtlichen Informationshaftung» en (2012) 34 *Anlegerschutz im Wertpapiergeschäft. Verantwortlichkeit der Organmitglieder von Kreditinstituten. Schriftenreihe der Bankrechtlichen Vereinigung*, De Gruyter, Berlín, pp 25-64, también sobre los límites del modelo de información, aunque desde una perspectiva diferente (véase *infra* n. 72). En Portugal, véase el análisis de C. M. PIRES, «Entre um modelo corretivo e um modelo informacional do direito bancário e financeiro» (2013) 44 *Cadernos de Direito Privado* 3-22.

⁹ En defensa de la importancia de este control, véase J. SOUSA RIBEIRO, *O problema do contrato. As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*, Coimbra 1999, pp. 441-583.

¹⁰ Sentencia del TSJ de 02.12.2013 (Maria Clara Sottomayor) ECLI:PT:STJ:2013:306.10.0T-CGMR.G1.S1, basada en P. PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos atípicos*, Almedina 1995, p. 423.

¹¹ Sobre la sociedad de la información y su caracterización, véase J. R. BENIGER, *The control revolution: technological and economic origins of the information society*, Harvard University Press 1986. O. BEN-SHAHAR, «The myth of the “opportunity to read” in contract law» (2009) 5 *European Review of Contract Law* 1-28.

en multiplicar los deberes de información para proteger a quienes se enfrentan cada vez más a dichas cláusulas. Sin embargo, la experiencia nos dice que, en general, los contratos no se han hecho más comprensibles para el público en general como consecuencia de la multiplicación de los deberes de información. Ciertamente, esto no ha sucedido en el ámbito específico de los contratos de seguros, cuya tradicional opacidad aún no ha dado muestras de disminuir¹².

Es más, aunque hayan llegado a ser comprensibles para algunos, muy pocas cláusulas son realmente leídas por quienes las aceptan. Esto conduce a un grave problema: la mayor disponibilidad de información tiene el efecto secundario de culpabilizar a quienes la tienen pero no la asimilan. En otras palabras, el modelo informativo no sólo no se traduce, por el lado de sus supuestas ventajas, en una mayor inteligibilidad de las cláusulas, sino que, por el lado de sus posibles inconvenientes, conlleva un debilitamiento significativo de la parte a la que se pretendía proteger por este medio y a la que, en este contexto, se suele acusar de negligencia.

«[D]ado que la libertad contractual de una de las partes se limita, en la práctica, a la libertad de aceptar o no las cláusulas impuestas y a la celebración del contrato, es necesario que dicha parte tenga, al menos, un conocimiento real y efectivo del contenido de dichas cláusulas, para que pueda decidir si contrata o no en esas condiciones, y el deber de comunicar dichas cláusulas, de forma adecuada y con la antelación necesaria, pretende combatir el riesgo de desconocimiento de aspectos significativos del contrato. Se trata de *posibilitar que la parte contratante tenga un conocimiento completo y efectivo del contrato, al tiempo que se le exige que adopte un comportamiento diligente para tener un conocimiento real y efectivo de las cláusulas que lo integran*»¹³.

Dado que el tiempo es a menudo un bien escaso, debe ser tratado como tal por nuestros tribunales. Se trataba de saber si la parte de ciertas cláusulas contractuales generales había utilizado la «diligencia ordinaria» para tomar conocimiento pleno y efectivo de dicha cláusula¹⁴. Porque «el objetivo del legislador era únicamente proteger a la parte más débil de los posibles abusos de la parte más fuerte y no proteger a la parte más débil de su falta de diligencia»¹⁵. En otras palabras, la ley establece una norma de conducta que obliga a todas las partes contratantes a adherirse a las cláusulas previamente redactadas por la

¹² Cfr. D. SCHWARCZ, «Transparently opaque: understanding the lack of transparency in insurance consumer protection» (2014) 61 *UCLA Law Review* 394-462.

¹³ Sentencia del TSJ de 24 de marzo de 2011 (Granja da Fonseca) ECLI:PT:STJ:2011:1582.07.1TBAMT.B.P1.S1 (el subrayado es nuestro). Véase también, en el mismo sentido, la sentencia del TSJ de 09.07.2015 (Ana Paula Boularot) ECLI:PT:STJ:2015:1728.12.8TBRR.A.L1.S1; o la sentencia del TSJ de 08.04.2010 (Lopes do Rego) ECLI:PT:STJ:2010:3501.06.3TVLSB.C1.S1.

¹⁴ Art. 5/2 de la Ley de Cláusulas Contractuales Generales. A. PRATA, *Contrato de adesão e cláusulas contratuais gerais*, Almedina 2010, p. 223, observa que la redacción del precepto «es deliberada e inevitablemente vaga porque el contenido concreto de la obligación de comunicación depende del tipo de contrato, de las circunstancias de su celebración, de su objeto y contenido, de la naturaleza y preparación de las partes que lo suscriben».

¹⁵ Nueva cita de la sentencia del TSJ de 24 de marzo de 2011 (véase *supra* n. 13).

otra parte. Como consecuencia del principio de buena fe, deben respetarse ciertos deberes generales de diligencia. La medida del esfuerzo exigido es la «diligencia ordinaria»¹⁶. En esta lógica, cualquiera que no alcance este nivel de comportamiento no es digno de protección. La diligencia ordinaria es una referencia a la persona media¹⁷. Decisiones como ésta se basan en el supuesto de que la persona media no firma nada sin leerlo. Ahora sabemos que esta suposición era errónea:

«Para determinar si el adherente utiliza una diligencia media o común para conocer las cláusulas de estos contratos, es importante analizar la actitud del público en general hacia esta forma de tráfico mercantil y comprender la realidad humana y social implícita en este tipo de contratos.

Los estudios de análisis económico demuestran que, dada su incapacidad para participar en la configuración del contenido, los miembros *no tienen motivación para estudiar las condiciones generales del contrato ni para comparar las condiciones ofrecidas por la contraparte con las de las empresas competidoras*, lo que conduce a una nivelación a la baja de las condiciones generales en su conjunto, sin que funcionen en este contexto ni el mecanismo individual de autoprotección de intereses ni el mecanismo colectivo de competencia»¹⁸.

Hay que rendirse a la evidencia: hoy en día, la persona media, esa abstracción, no lee las cláusulas contractuales generales. Por lo tanto, la decisión de comprar sin leer no puede calificarse de decisión negligente. Este comportamiento no está por debajo del nivel medio de diligencia que incumbe a todos, por la sencilla razón de que todos actuamos así. Tanto es así que ninguna ley, en ningún lugar, tendrá la fuerza suficiente para imponer la norma de no comprar sin leer. Por lo tanto, tenemos que reconocer y aceptar lo que no podemos cambiar y, por otra parte, proteger a los consumidores que no leen sin señalarles con el dedo, criticándoles por no haber leído¹⁹.

¹⁶ Sobre este tema, véase A. MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé no direito civil*, Almedina 1997, pp. 1225-1230.

¹⁷ Véase lo dispuesto en el artículo 487, n.º 2, del Código Civil. Sobre las normas jurídicas en general y esta norma en particular, véase A. MENEZES CORDEIRO, cit. *supra* n. 16, pp. 1187-1189. Independientemente del debate sobre si se trata de verdadera culpa, en sentido técnico-jurídico, o de algo más próximo a la culpa del perjudicado, no cabe duda de que la referencia a la diligencia implica, en sentido propio o impropio, un juicio de censura similar al juicio de culpabilidad, ya que implícitamente se señala como negligente —como merecedor de censura— el comportamiento de quien no alcanza el nivel de diligencia exigido, y que la referencia a la diligencia ordinaria debe referirse al ciudadano que emplea un grado medio de diligencia. Sobre esta cuestión, véase J. C. BRANDÃO PROENÇA, *A conduta do lesado como pressuposto e critério de impugnação do dano extracontratual*, Almedina 2008, maxime pp. 489-494.

¹⁸ Nueva cita de la sentencia del STJ de 02.12.2013 (cit. *supra* n. 9) (énfasis añadido), basada en J. SOUSA RIBEIRO, *Direito dos contratos. Estudos*, Coimbra 2007, p. 49. Sin embargo, se trata de una jurisprudencia minoritaria, incluso en el seno del STJ. Véanse las sentencias mencionadas en el n. 13.

¹⁹ Para A. PRATA, cit. *supra* n. 14, p. 244, el nivel de exigencia de esta diligencia común debe ser bajo, dada la imposibilidad práctica de que el adherente influya en el contenido del contrato y una actitud generalizada de confianza, o conformismo, que lleva a las personas a abstenerse de un esfuerzo que saben inglorioso. I. GALVÃO TELLES, *Manual dos contratos em geral*, Almedina 2010, pp. 313-314: «[N]o debe decirse que el contratante, por no leer todas las cláusulas, o por no considerarlas con la debida atención,

Algunos hablan de un «derecho a la ignorancia legítima»²⁰. La idea subyacente es que todos tenemos el derecho, *pero no el deber, de leer las cláusulas a las que nos enfrentamos a diario*. Podemos leerlas, pero también podemos depositar nuestra confianza en la honradez, la capacidad y los buenos oficios de la otra parte, si es un profesional; en un tercero al que acudimos en busca de consejo; y sobre todo en el buen funcionamiento del sistema²¹.

La respuesta a la pregunta de si la decisión de no leer puede y debe calificarse de negligente es, por supuesto, negativa, como se ha dicho, en primer lugar porque no podemos poner el listón de la diligencia tan alto que casi nadie pueda alcanzarlo. Pero no es el único motivo de esta reacción, ya que la propia razonabilidad de este nivel está siendo cuestionada por un número creciente de voces, entre las que me incluyo, no porque sea demasiado exigente, sino porque es muy poco razonable dedicar tanto tiempo a la lectura de todas estas cláusulas, en detrimento de cualquier otra distribución del bien escaso y cada vez más escaso que es nuestro tiempo, dadas las múltiples demandas sobre el mismo. Exactamente, ¿qué otras tareas se dejarían de hacer por este aumento extraordinario del tiempo que tenemos para leer estas cláusulas?

Ya sea en un contexto profesional o personal, el ritmo más o menos acelerado de nuestras vidas y la cantidad cada vez más abrumadora de información con la que nos bombardean a diario ya no son compatibles con el antiguo modelo de formación de contratos basado en el consentimiento informado sobre todos y cada uno de los aspectos que actualmente seguimos teniendo como constitutivos de un contrato²².

Vivimos en la era de los resúmenes ejecutivos: los grandes y medianos decisores que dirigen las administraciones, públicas o privadas, rara vez se permiten el lujo de leer toda la documentación relevante para la toma de decisiones, y tienen que confiar en los resúmenes elaborados por sus asesores, o por los asesores de los asesores, porque en los distintos niveles jerárquicos se replica el mismo fenómeno de depuración sucesiva de la información. E incluso las llamadas personas normales, en su día a día, acaban replicando estas pautas de comportamiento: también disponen de muy poco tiempo —o quieren— para leer todas las cláusulas que se cruzan en su camino a diario, cuando navegan por internet. Sencillamente, en lugar de basar sus decisiones en resúmenes ejecutivos preparados por otros, a menudo confían en simples actos de fe.

«Hoy en día, para la gente corriente, al menos en los países desarrollados, los contratos satisfacen muchas más necesidades y deseos cotidianos que antes. Con la creciente depen-

revela negligencia que lo hace indigno de protección particular: el hecho es tan general que no significa negligencia, medida por el estándar medio del hombre».

²⁰ Cfr. A. MENEZES CORDEIRO, *Direito dos seguros*, Almedina 2013, pp. 561-563 y 567, en la línea de H.C. GRIGOLEIT (cit. *supra* n. 8).

²¹ A. MENEZES CORDEIRO, cit. *supra* n. 20, pp. 561-563 y 567.

²² A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de direito civil português*, I. Parte Geral, Tomo I, 3.^a ed., Almedina 2007, p. 595: «La realidad es otra: los negocios se forman y ejecutan a un ritmo totalmente incompatible con un esquema de negociación que permita a los implicados ejercer conscientemente su libertad de concluir y estipular».

dencia de los contratos, la producción de textos de naturaleza supuestamente contractual ha dado lugar a una inmensa proliferación de los mismos»²³.

Hoy ya disponemos de los resultados de una serie de estudios empíricos que apuntan muy claramente al fracaso del modelo de contratación basado en el mito del consentimiento informado²⁴. Para ilustrar el fenómeno, mi elección recayó en uno de los diversos estudios disponibles en la literatura especializada, publicado en 2020²⁵. Las 543 personas que participaron en este estudio eran estudiantes matriculados en un programa de licenciatura en comunicación de una gran universidad pública del noreste de Estados Unidos.

El experimento comenzó con su incorporación a una red social ficticia creada específicamente para este experimento. Todos los participantes fueron informados de que el equipo de investigación iba a supervisar su comportamiento en la red social. Para ello, debían unirse a la red social y se les proporcionaba un enlace a un documento que contenía las condiciones de uso, acompañado de un botón de aceptación. Estas condiciones de uso consistían, en su mayor parte, en cláusulas muy similares a las que suelen encontrarse en las condiciones de uso de las redes sociales existentes. Sin embargo, aquí y allá se insertaron algunas cláusulas claramente atípicas para comprobar la atención que los participantes en el estudio prestaban a su lectura.

Quizá el ejemplo más chocante de las cláusulas contenidas en estas condiciones de uso sea lo que el equipo de investigación denominó «cláusula de cesión del hijo». Según esta cláusula, al aceptar las condiciones de uso, y a cambio de prestar el servicio de utilización de la red social, el usuario se comprometía a ceder inmediatamente todos los derechos sobre su primogénito al gestor de la red social. En el caso de que el usuario aún no tuviera descendencia cuando se unió a la red social, se dejaba claro que su compromiso le obligaría a ceder a su primogénito si éste nacía antes del año 2050. También según la misma cláusula, todas las personas así asignadas a la entidad gestora pasarían a ser de su exclusiva propiedad, automáticamente y sin excepción, como consecuencia de su adhesión a la red social.

Los resultados de este experimento revelaron que el 74% de los participantes hicieron clic en el botón para aceptar las condiciones de uso sin ni siquiera abrir el documento que las contenía; el 26% restante dedicó una media de 13,6 segundos a analizarlas; sólo el 1,7% reparó en la cláusula de atribución a los niños (9 de 543). El principal factor identificado por los participantes y confirmado por los autores de este estudio como posible

²³ M. J. RADIN, «The deformation of contract in the information society» (2017) 37 *Oxford Journal of Legal Studies* 505-533 en p. 505.

²⁴ M. J. RADIN, *supra* n. 23, en p. 519.

²⁵ J. A. OBAR/ A. OELDORF-HIRSCH, «The biggest lie on the Internet: ignoring the privacy policies and terms of service policies of social networking services» (2020) 23 *Information, Communication & Society* 128-147.

explicación de su comportamiento fue precisamente la sobrecarga de información a la que están expuestos a diario²⁶.

Estos estudios muestran sistemáticamente que el porcentaje de partes contratantes que abren el documento que contiene la cláusula supuestamente contractual es extremadamente bajo.

«¿Cómo podríamos hacerlo? Hay tantos. ¿Y por qué habríamos de hacerlo? No podríamos cambiarlos, y no es probable que los entendamos»²⁷.

Otro estudio, publicado en 2014, que analizó a unos 50.000 usuarios de los *sitios web* de 90 proveedores de *software* estadounidenses, concluyó que solo entre el 0,05 % y el 0,22 % de los usuarios que compraban *software* abrían el documento, y que de esta pequeña minoría solo una ínfima fracción mantenía el documento abierto el tiempo suficiente para leerlo de arriba abajo²⁸. Esto confirma que la mayoría de la gente ha renunciado a leer las cláusulas que acepta habitualmente en línea.

No siempre ha sido así. La evolución ha sido gradual y relativamente reciente. La llegada de Internet ha contribuido en gran medida a este estado de cosas. Poco a poco, hemos ido insensibilizando la importancia del acto de aceptar un acuerdo a las innumerables cláusulas a las que estamos expuestos. En sentido estricto, ya no puede decirse que estemos expuestos a dichas cláusulas; en realidad, sólo estamos expuestos a los botones que utilizamos para emitir nuestra declaración de aceptación. Hoy en día, el acto de pulsar el botón de aceptación es casi instantáneo, el botón no es más que un pequeño obstáculo entre el usuario y la obtención del bien o servicio del que desea beneficiarse, y la conclusión del trato, de cada trato, cuyos contornos se desconocen, se considera un mal menor, dado el tiempo que llevaría leerlo detenidamente, porque sencillamente no hay tiempo para leerlo todo. Hemos entrado en modo sobrecarga.

«En resumen, los consumidores no leen documentos largos. Por lo tanto, no dan su consentimiento, en el sentido de entender lo que están consintiendo. Además, nadie puede decir honestamente que los consumidores *deban leer documentos largos* de este tipo. Los numerosos tribunales que lo han dicho a lo largo de los años, casualmente o no tan casualmente, ignoran el hecho de que si los consumidores realmente hicieran semejante tontería, la economía moderna sencillamente se paralizaría»²⁹.

²⁶ J. A. OBAR/ A. OELDORF-HIRSCH, cit. *supra* n. 25.

²⁷ M. J. RADIN, *supra* n. 23, en p. 520.

²⁸ Y. BAKOS/ F. MAROTTA-WUGLER/ D. R. TROSSEN, «Does anyone read the fine print? Consumer attention to standard-form contracts» (2014) 43 *Journal of Legal Studies* 1-35. Véase también R. P. BARTLETT/ V. C. PLAUT, «Blind consent? A social psychological investigation of the non-readership of click-through agreements» (2012) 36 *Law and Human Behaviour*: 293-311; y R. A. HILLMAN, «On-line consumer standard-form contracting practices: a survey and discussion of legal implications» (2006) en J. K. WINN (ed.), *Consumer protection in the age of the 'information economy'*, Ashgate 2006, pp. 283-311.

²⁹ I. R. MACNEIL, «Bureaucracy and contracts of adhesion» (1984) 22 *Osgoode Hall Law Journal* 5-28, en pp. 5-6.

La idea de que los contratos se componen de todas las cláusulas sobre las que las partes consideraron esencial ponerse de acuerdo, y sólo de esas cláusulas, es hoy pura ficción. Normalmente hay una parte —la parte predisponente— cuyo papel era regular una serie de aspectos y obtener el consentimiento de la otra. Esta otra parte se ha resignado a desempeñar el papel que se le ha asignado, porque quiere acceder al bien o servicio que la otra parte sólo pone a su disposición en esas condiciones. En esa medida, admiten que han leído y aceptado lo que en realidad no han leído en absoluto³⁰.

Tal vez la sociedad de consumo en la que vivimos, y la inherente facilidad de acceso a una enorme variedad de bienes, nos lleva a una inmediatez que acelera los trámites y simplifica las elecciones. Yo diría que no es por falta de opciones, sino por su abundancia, por lo que cada vez dedicamos menos tiempo a cada una de ellas.

Sean cuales sean las causas de este fenómeno, asistimos actualmente al fracaso del modelo de información. No tiene mucho sentido insistir en proporcionar información. Ciertamente debe seguir estando disponible, pero la protección de la parte más débil no puede basarse (únicamente) en este modelo. Y sin embargo, ajenos a esta realidad, nuestra jurisprudencia y gran parte de nuestra doctrina siguen penalizando a los consumidores por hacer algo que todos hacemos: aceptar sin leer.

Cuando se producen fallos y se llega a la conclusión de que en un caso determinado el consentimiento de una de las partes no ha quedado suficientemente aclarado, el camino que se ha seguido es aplicar el régimen del error. La mayoría de las veces se trata de un error sobre el objeto del acuerdo³¹. Se discute entonces si se requiere o no la excusabilidad del error para aplicar el régimen respectivo. Todo ello se basa en los cánones de la formación de los contratos: quien incurre en error sigue teniendo una convicción sobre el objeto del trato, aunque no se corresponda con el resultado que objetivamente resulta de la interpretación de las declaraciones de las partes. Esto es lo mínimo que se les exige. A lo sumo, se renuncia a la excusabilidad del error. Pero no siempre, y en todo caso el régimen anulatorio del error no dispensa de la esencialidad, para el anulante, del elemento en que se basa el error³². El punto de partida de este debate fue precisamente la cuestión de si era admisible no conocer aspectos no esenciales del contrato, sin privarles necesariamente de su eficacia.

³⁰ En Portugal, hubo quien impugnó la idea de un todo o nada, hablando de una «intensidad vinculante de grado variable, proporcional a la medida de la autodeterminación, a la medida de la libertad de decisión disponible». J. SOUSA RIBEIRO, cit. *supra* n. 9, p. 301. Para el autor, «[e]l reconocimiento de límites a la autorresponsabilidad del declarante por los efectos de su declaración, que permite conciliar el consentimiento con el control de contenido y justificar la eventual exclusión de cláusulas aceptadas, implica también la admisión de una imputación diferenciada, según el grado de vinculación del contenido del acto a la voluntad del agente» (p. 300).

³¹ Artículo 251 del Código Civil.

³² Cfr. P. MOTA PINTO, «Requisitos de relevância do erro nos Princípios de Direito Europeu dos Contratos e no Código Civil português» en *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles*, vol. IV, Almedina 2003, pp. 43-139.

IV. LA SOBRECARGA DE INFORMACIÓN Y SU IMPACTO POTENCIAL EN LA SUSCRIPCIÓN DE SEGUROS

Afortunadamente, la sucesión de directivas que antes sólo nos apuntaban en la dirección de la transparencia ya nos está dando señales, no exactamente de un cambio de rumbo, pero sí al menos de una creciente preocupación por abrir otras vías de protección del consumidor, aunque sin renunciar al modelo informativo, que sigue siendo ampliamente dominante.

Estas otras vías también empiezan a aparecer, sobre todo, pero no sólo, en relación con los servicios financieros, cuyas cláusulas son especialmente opacas y difíciles de entender incluso para quienes se toman la molestia de intentar comprenderlas, y que han sido objeto de un escrutinio más intenso en la última década.

«Los consumidores pueden entrar en el mercado para comprar productos físicos con la seguridad de que no se verán abocados a comprar tostadoras que explotan y otros productos estúpidamente peligrosos. Pueden centrar sus esfuerzos de compra en otras direcciones, ayudando a impulsar un mercado competitivo que mantenga los precios bajos y fomente la innovación en comodidad, durabilidad y estilo. Los consumidores que entran en el mercado para comprar productos financieros deberían beneficiarse de una protección similar. (...) ¿Cómo han llegado a ser tan peligrosos los productos financieros? Parte del problema es que la divulgación se ha convertido en una forma de ofuscar en lugar de informar³³.

La autora de estas líneas es conocida por su férrea defensa de una fuerte regulación de los mercados financieros. En 2007 se pronunció a favor de la creación de una Agencia de Protección Financiera del Consumidor en Estados Unidos³⁴.

Tomemos el ejemplo de la tostadora. Si voy a una tienda a comprar una tostadora, el contrato puede resumirse muy sencillamente: me comprometo a comprar la tostadora que he seleccionado previamente al precio indicado en la etiqueta, y el vendedor se compromete a vendérmela al mismo precio. En ejecución de este contrato, pago el precio y salgo de la tienda con la tostadora en mi poder. En cinco minutos he terminado, sin tener que leer nada.

Mucho más complejo que el contrato, mero vehículo jurídico utilizado por las partes para lo que realmente les importa, que es el suministro de la tostadora, es el propio producto y sus normas de funcionamiento. Si quiero entenderlas antes de firmar el contrato, o incluso después, cuando ya estoy en casa, suelo tener a mi disposición un manual de instrucciones razonablemente completo. Si no quiero tomarme la molestia de comprarlo, pocos me culparían. En cualquier caso, supongo que a nadie se le ocurrirá argumentar

³³ E. WARREN, «Unsafe at any rate. If it's good enough for microwaves, it's good enough for mortgages. Why we need a Financial Product Safety Commission» en *Democracy: A Journal of Ideas*, verano de 2007, n.º 5 (disponible en <http://democracyjournal.org/magazine/5/unsafe-at-any-rate/>).

³⁴ La *Oficina de Protección Financiera del Consumidor* se creó en 2010 (<https://www.consumerfinance.gov/>).

que cuando firmé el contrato acepté todas las normas del manual de instrucciones, y que estas normas son de naturaleza contractual. El manual estará ahí para que lo consulte cuando lo necesite.

Sin embargo, en el ámbito de los servicios, estos planes se confunden. A veces el contrato *es* el producto, el único producto, y no sólo un vehículo que utilizamos instrumentalmente para adquirirlo. Este es precisamente el caso de los contratos de seguros. Algunos lo han dicho³⁵. Esto significa que, en este contexto, las normas típicamente más simples, que pertenecen necesariamente al ámbito de la contratación, se confunden con las normas mucho más complejas, que tal vez deberíamos calificar de normas de funcionamiento del producto, auténticos manuales de instrucciones, despojándolas de una naturaleza contractual que en muchos casos —no diré todos— parece manifiestamente forzada.

Algunos autores ya han argumentado que los consumidores de productos de distribución masiva compran en realidad un compuesto de artículo más cláusula, y no sólo un artículo. Esta perspectiva implica un rechazo de su naturaleza contractual. Algunos lo subrayan precisamente porque en estos casos ni se da ni se busca el consentimiento informado³⁶.

Tenemos que admitir que no siempre es sólo por la diferencia de poder de negociación por lo que una parte impone una cláusula a la otra. Cuando observamos una cláusula que identificamos como un producto, o al menos como parte integrante de un producto, nos damos cuenta de que el proveedor respectivo la ha diseñado de esa manera y no de otra porque es ese producto, y no otro, el que desea suministrar, y que ésas son las condiciones en las que está dispuesto a hacerlo. El hecho de que el proveedor haya redactado sus propias cláusulas no es un accidente, no es una desviación de la normalidad, algo que haya que corregir o al menos controlar, porque distorsiona el modelo tradicional de formación de contratos. Se supone que es así, porque *es* su producto. Al igual que el productor de tostadoras decide las especificaciones técnicas de su creación antes de lanzarla al mercado, lo mismo hace el productor de servicios financieros. Sus productos simplemente no salen de una fábrica, salen de las oficinas de los técnicos que los diseñan y redactan³⁷.

«El último clavo en el ataúd del consentimiento en línea es el solapamiento entre las reclamaciones contractuales y el concepto de propiedad (...) No necesito que estés de acuerdo con mi cartel de 'propiedad privada: prohibido el paso' en el mundo físico (...). Así que quizá no sorprenda que los tribunales, en este contexto, den el aparentemente pequeño salto de concluir que lo mismo se aplica al Derecho contractual. Si yo te digo lo que quiero que hagas (o no hagas) en mi sitio web y tú haces algo distinto, habrás incumplido el acuerdo que te permitía entrar en ese sitio web (...) Nos puede gustar o

³⁵ Cfr. M. DREHER, *Die Versicherung als Rechtprodukt: die Privatversicherung und ihre rechtliche Gestaltung*, Mohr Siebeck 1991, *passim*, *maxime* p. 58. Cfr. M. LIMA REGO, *Contrato de seguro e terceiros. Estudo de Direito Civil*, Coimbra 2010, texto que acompaña al n. 821.

³⁶ M. J. RADIN, cit. *supra* n. 23, en pp. 531-533.

³⁷ En este sentido, D. G. BAIRD, «The boilerplate puzzle» (2006) 104 *Michigan Law Review* 933-952.

no dar ese control al propietario de un sitio web, por una cuestión de orden público, pero hacerlo es abandonar la noción de consentimiento. Es más fácil abandonar esa noción si fusionamos las nociones de propiedad y contrato (llamémoslo “propacto”)³⁸.

Es importante destacar que al despojar a estas cláusulas, o a parte de ellas, de su naturaleza contractual, no eliminamos necesariamente su validez o eficacia jurídica³⁹. Incluso se les puede reconocer naturaleza negocial: lo esencial es entender que si responden al contenido de un negocio jurídico, éste será la mayoría de las veces un negocio unilateral, distinto de los contratos que posteriormente se celebren en relación con ellas.

Tanto las normas contenidas en los manuales de instrucciones como las típicamente estipuladas en las cláusulas que estamos analizando tienen algo de imperativo hipotético: en todas ellas hay un «si quieres utilizar este bien, éstas son las condiciones en las que puedes hacerlo». En todas ellas, incluso en las puramente descriptivas, un comportamiento no conforme puede tener consecuencias jurídicas: por ejemplo, si no utilizo la tostadora de acuerdo con las normas de funcionamiento del manual, mi comportamiento podría impedirme ejercer mis derechos de reparación, sustitución, resolución o rebaja del precio en caso de avería, aunque la avería no se produzca o no se derive exclusivamente de ese mal uso⁴⁰.

En otros lugares, algunos han abogado por reconocer el derecho de los titulares de derechos exclusivos a regular el uso de terceros: la llamada «normativa del propietario»⁴¹. En la legislación estadounidense, hay algunos indicios de que esto está ocurriendo, al

³⁸ M. LEMLEY, «Terms of use» (2006) 92 *Minnesota Law Review* 459-483, en p. 470. Para un mayor desarrollo de este tema, véase M. LIMA REGO, «Manifesto contra a subversão do contrato» (2018) Edición Especial Themis n.º 6, pp. 267-294, conmemorativa del 20.º aniversario de la FDUNL, reeditada en (2019) *Revista de Direito Comercial* 31-74 y en A. Veiga Copo/ M. Martínez Muñoz (coord.), *Retos y desafíos*. Veiga Copo/ M. Martínez Muñoz (coord.), *Retos y desafíos del contrato de seguro: del necesario aggiornamento a la metamorfosis del contrato. Libro Homenaje al Profesor Rubén Stiglitz*, Thomson Reuters 2020, pp. 835-860.

³⁹ Cfr. M. LEMLEY, cit. *supra* n. 38. El autor observa una tendencia reciente en la jurisprudencia y la doctrina norteamericanas a prescindir del consentimiento del consumidor, admitiendo, explícita o implícitamente, que las «condiciones de uso» de los *sitios web* obligan por determinación unilateral de sus autores, o considerando que el hecho de navegar por el *sitio web* ya sería prueba suficiente del consentimiento, aunque el consumidor no haya hecho clic en el enlace a las «condiciones de uso». Por ello, el autor habla de la «muerte del asentimiento», en las pp. 464-465.

⁴⁰ Me refiero a los remedios consagrados en el Decreto-Ley 84/2021, de 18 de octubre (régimen de compraventa de bienes de consumo, contenidos digitales y servicios), que transpone a la legislación portuguesa las Directivas (UE) 2019/771 y (UE) 2019/770.

⁴¹ P. MÚRIAS, «Regulações do dono. Uma fonte de obrigações», en *Estudos em homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*, II, Almedina 2002, pp. 255-293. En pocas palabras, «[d]efender la validez de los reglamentos del propietario es defender que la propiedad también incluye en términos jurídicos el 'poder', la facultad de imponer comportamientos a terceros, *rectius*, de atribuirles deberes, cargas u obligaciones, siempre que estén relacionados con el uso de la cosa que es su objeto» (pp. 269-270).

menos en lo que respecta a las «condiciones de uso» de los *sitios web*⁴²: la jurisprudencia estadounidense ha reconocido que los propietarios de *sitios web* tienen potestad para regular estos espacios virtuales como si fueran espacios físicos, imponiendo unilateralmente las respectivas «condiciones de uso». Estas cláusulas vincularían a los usuarios, no por su consentimiento, sino porque están entrando en un espacio que no es el suyo, y en esa medida al régimen de los derechos reales, lo que les sometería, incluso en las compras que realicen en dichos entornos, a las denominadas «normas del propietario».

No parto de la idea de regular la *web* como espacio, sino de regular las condiciones de acceso al producto. Me alejo, pues, del ámbito de los derechos reales y de la titularidad de derechos exclusivos. Lo que está en juego son las condiciones de acceso a un producto que se diseña y se pone a disposición de una determinada manera y no de otras: las condiciones en las que se comercializa, se pone en el mercado. Los consumidores saben que existen y las leerán en la medida en que las consideren esenciales para tomar la decisión de comprar o no ese producto.

En el contexto de los seguros, las aseguradoras recurren a cláusulas típicamente largas y opacas, en las que la jerga técnica compleja es la norma. Los requisitos de transparencia a efectos de protección de los clientes de seguros siguen predominantemente el paradigma tradicional de formación de contratos. Las cláusulas contractuales pueden considerarse no incluidas en los contratos si se entiende que no han sido aceptadas por las partes; las cláusulas contractuales pueden declararse nulas si su contenido es abusivo; por regla general, al tratarse de contratos de adhesión, los contratos de seguros tienen sus cláusulas interpretadas según la regla de interpretación *contra proferentem*. Sin embargo, las declaraciones de aceptación han pasado a ser tomadas en serio, considerándose que la parte que las realiza ha leído las cláusulas que declara expresamente aceptar. Y se critica a quienes no las leen, calificando su comportamiento de negligente.

En el mundo actual, especialmente en el mundo financiero, aunque no sólo, los contratos son cada vez más numerosos y complejos, hasta el punto de que algunos resultan prácticamente incomprensibles para la mayoría de nosotros. En el mundo actual, el tiempo es oro; tan oro que no debería considerarse irrazonable que alguien decida, después de sopesar todos los pros y los contras, celebrar un contrato, ya sea simple o complejo, sin haber estudiado antes detenidamente todas sus cláusulas durante el tiempo necesario para que dichas cláusulas sean plenamente comprendidas, asimiladas y aceptadas. Por lo tanto, la mejor forma de proteger a la parte que se adhiere a dichas cláusulas sin leerlas —es decir, a las cláusulas de seguros— es complementar el enfoque informativo con un enfoque

⁴² M. LEMLEY, cit. *supra* n. 38, pp. 470-472, revela que la jurisprudencia estadounidense aplica derechos reales a los *sitios web*, en el sentido de tratarlos como un espacio propiedad de sus titulares, y razonando de tal manera que las respectivas «condiciones de uso» pueden aplicarse de forma muy próxima a verdaderos «reglamentos del propietario». Estas cláusulas vincularían a los usuarios, no por su consentimiento, sino porque han entrado en un espacio ajeno, lo que les sometería a las llamadas «normas del propietario».

diferente, que consiste en tratar los productos financieros como cualquier otro producto; en pocas palabras, como si fueran tostadoras.

Ya está en marcha un enfoque nuevo y complementario: el mejor ejemplo de este nuevo enfoque se encuentra en la Directiva (UE) 2016/97 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de enero de 2016, sobre la distribución de seguros (Directiva sobre la distribución de seguros). Establece nuevos «requisitos de gobernanza de los productos»: las aseguradoras «mantendrán, aplicarán y revisarán un proceso para la aprobación de cada producto (...) o adaptaciones importantes (...) antes de su comercialización o distribución a los clientes». Este proceso debe «especificar el mercado objetivo» y tratar de «satisfacer las necesidades del mercado objetivo»⁴³. En otras palabras, en un primer momento la aseguradora debe esforzarse por diseñar productos que satisfagan las necesidades y requisitos de un grupo de personas previamente delimitado pero aún abstracto. En segundo lugar, para cada cliente concreto, debe «proporcionar al cliente una recomendación personalizada que explique por qué un producto específico sería la mejor solución para las necesidades y requisitos del cliente»⁴⁴. Estas exigencias imponen nuevas normas de comportamiento a las aseguradoras, exigiéndoles que presten atención a las demandas y necesidades de sus clientes, ofreciéndoles productos que se correspondan con ellas, y haciéndose responsables si incumplen este deber y ofrecen productos inadecuados.

En resumen, ante todo hay que escuchar. Si el producto no satisface las necesidades y requisitos del cliente, en lugar de señalarle con el dedo y acusarle de no leer o no entender, hay que comprobar que el proveedor ha hecho lo que se le pedía para adecuar la oferta a la demanda. Si el producto en cuestión no satisface las necesidades y requisitos típicos de cualquier grupo de consumidores, el producto es defectuoso. Si lo hace, pero no satisface las necesidades y requisitos de ese consumidor concreto, y sigue dándose el caso de que el proveedor las conocía o debería haberlas conocido, sigue siendo un producto defectuoso. En ambos casos, el intérprete ha llegado a la conclusión de que el contrato se celebró y el producto no se ajustaba al contrato. Se trata de un problema en la ejecución del contrato, que debe subsanarse.

Dado que, en su inmensa mayoría, las cláusulas no se leen, el modelo informativo no sirve en absoluto como medio de control del contenido de dichas cláusulas. Este control debe realizarse externamente, por los tribunales, que deben dotarse de herramientas adecuadas para ello: herramientas similares a las que ya existen para los contenidos abusivos, pero que parten del reconocimiento de que este control será realmente el único, ya que los propios consumidores no lo ejercerán internamente, distinguiendo entre contenidos seguros, a los que el consumidor puede razonablemente obligarse sin siquiera leerlos salvo que sus circunstancias o necesidades sean de algún modo diferentes de lo que cabría esperar, y contenidos que el consumidor debe obligarse a consentir expresamente, y no al por mayor.

⁴³ Extractos extraídos del artículo 25 de la Directiva (UE) 2016/97 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de enero de 2016, sobre la distribución de seguros («DDS»).

⁴⁴ Artículo 20/1 del DDS.

Dependiendo de las circunstancias, el intérprete también puede llegar a la conclusión de que el producto prometido contractualmente al cliente era en realidad ese producto y no otro, en cuyo caso acudiría al instituto de la responsabilidad civil precontractual, porque el problema ya no está en la ejecución, sino en la celebración del contrato: no es un problema de disconformidad entre el producto y el contrato, sino de celebración de un contrato distinto del que sería más adecuado para ese cliente⁴⁵.

Por último, puede ocurrir que el intérprete llegue a la conclusión de que el problema en cuestión se sitúa en la esfera de riesgo del cliente. Porque cuando deciden no leerlo, asumen cierto riesgo: el cliente toma una decisión sobre los aspectos del contrato que considera esenciales. Para el resto, confían sin leer. Creo que, en cierta medida, el sistema debe proteger al cliente que confía en el sistema. Esto no significa que el cliente esté exento de toda responsabilidad por las consecuencias de su decisión.

V. CONCLUSIONES

El modelo tradicional de formación de contratos está en crisis. El consumidor que aceptaba sin leer simplemente confiaba en la otra parte, posiblemente en un tercero que elegía para que le asesorara y —fundamentalmente— también en el sistema. Y ésta es una confianza que el sistema debe proteger. —Dado que, en su inmensa mayoría, las cláusulas no se leen, el modelo de información no sirve en absoluto para controlar el contenido de dichas cláusulas. Este control debe llevarse a cabo externamente, por los tribunales, que deben estar dotados de las herramientas adecuadas para ello.

Aunque el deber de información del asegurador parece haber llegado para quedarse, como complemento de toda la información que el asegurador debe facilitar al cliente, porque éste tiene el derecho, aunque ya no el deber, de tomar buena nota de ella, hay que destacar que cada vez se hace más hincapié también en la información que el asegurador debe recabar, tanto del mercado como de cada uno de sus clientes. En resumen, hay que saber escuchar.

Por lo que se refiere al contrato de seguro, hay que distinguir entre los elementos esenciales, para los que debería seguir exigiéndose el consentimiento informado de la contraparte del asegurador, y los demás, que probablemente deberían considerarse como algo más parecido a un manual de instrucciones de un producto —pues eso es lo que es, siendo el seguro un producto, con la particularidad de que, como producto jurídico, los materiales de que se compone son las llamadas cláusulas contractuales generales.

⁴⁵ Por tanto, se aplicará el régimen del artículo 227 del Código Civil (*culpa in contrahendo*).