



UNIVERSITÀ DI PARMA

ARCHIVIO DELLA RICERCA

University of Parma Research Repository

La distribución de seguros

This is a pre print version of the following article:

Original

La distribución de seguros / Di Nella, Luca. - STAMPA. - (2021).

Availability:

This version is available at: 11381/2885983 since: 2021-01-04T11:49:34Z

Publisher:

ARANZADI THOMSON REUTERS

Published

DOI:

Terms of use:

openAccess

Anyone can freely access the full text of works made available as "Open Access". Works made available

Publisher copyright

(Article begins on next page)

LA DISTRIBUCIÓN DE SEGUROS

SUMARIO: 1. La Directiva UE 2016/97 (IDD). - 2. La transposición de la IDD: las novedades del *Codice delle assicurazioni private* y ámbito de aplicación de la normativa. - 3. El sistema de distribución: los distribuidores, los productos, las reglas de información, de comportamiento y de organización, el reparto de las competencias entre el IVASS y la CONSOB. - 4. Las reglas de organización: la POG. - 5. Sigue. La POG de los productores. - 6. Sigue. La POG de los distribuidores. - 7. Las normas generales de conducta. - 8. El órgano de registro de los intermediarios de seguros, el Árbitro de Seguros y el procedimiento sancionador. - 9. El problema de las sanciones civiles por violación de las normas de conducta.

1. La regulación anterior presentada por la Directiva 92/2002/CE sobre la mediación en los seguros, denominada IMD, había introducido requisitos mínimos de profesionalidad y competencia para los intermediarios de seguros, el principio de protección de los intereses de los clientes y la claridad en la información, la participación de las autoridades financieras locales en el proceso de registro y un sistema alternativo para la resolución de conflictos¹.

Unos años más tarde, el legislador europeo ha observado que la Directiva se ha aplicado de forma diferente en los distintos países y que el mercado europeo de seguros está fragmentado, existen importantes incoherencias, en particular en lo que respecta a los requisitos de información impuestos a los vendedores de productos de seguros, los clientes muestran una escasa comprensión de los riesgos, costes y características de los productos de seguros y la crisis financiera ha reducido el nivel de confianza de los consumidores, lo que ha dado un nuevo impulso a las cuestiones de protección de los clientes².

Como resultado, en julio de 2012, la Comisión puso en marcha un proceso de revisión de la Directiva sobre la mediación en los seguros, con los objetivos principales de i) uniformar el sector mediante la creación de estándares comunes en materia de venta e información al cliente y ii) reforzar la protección del consumidor en el sector de los seguros.

Así se promulgó la Directiva UE 2016/97, bautizada como la Directiva sobre la Distribución de Seguros (*Insurance Distribution Directive*, IDD). Ya no se habla de intermediación sino de distribución: este cambio es indicativo del nuevo planteamiento seguido a raíz de la MiFID II y de las *Orientamenti* EBA sobre los mecanismos de *governance* y control de los productos bancarios al por menor³, publicadas el 22 de marzo de 2016, que se refieren a la distribución de productos bancarios.

En la expresión «distribución de seguros» están incluida «toda actividad de asesoramiento, propuesta o realización de trabajo previo a la celebración de un contrato de seguro, de celebración de estos contratos, o de asistencia en la gestión y ejecución de dichos contratos, en particular en caso de siniestro, incluida la aportación de información relativa a uno o varios contratos de seguro de acuerdo con los criterios elegidos por los clientes a través de un sitio web o de otros medios, y la elaboración de una clasificación de productos de seguro, incluidos precios y comparaciones de productos, o un descuento sobre el precio de un contrato de seguro, cuando el cliente pueda celebrar un contrato de seguro directa o indirectamente utilizando un sitio web u otros medios» (art. 2, § 1, n. 1, IDD). Por otra parte, por «distribución de reaseguro» se entiende «toda actividad de asesoramiento, propuesta o realización de trabajo previo a la celebración de contratos de seguro o de reaseguro, de celebración de estos contratos, o de asistencia en la gestión y ejecución de dichos contratos, en particular en caso

¹ Este artículo ha sido traducido al español por Roberto Martín López, Doctorando en la Università degli Studi di Perugia y la Universidad de Salamanca, al que se agradece el excelente trabajo realizado.

² Cfr. el considerando 10: «Las recientes turbulencias financieras y las actuales han puesto de manifiesto la importancia de garantizar la protección del consumidor de manera efectiva en todos los sectores financieros».

³ EBA, *Orientamenti sui dispositivi di governance e di controllo sui prodotti bancari al dettaglio*, publicado el 22 de marzo de 2016 en <https://eba.europa.eu/sites/default/documents/files/documents/10180/1412678/4a6942fc-a9c6-481a-afe8-885ecd2f3255/EBA-GL-2015-18%20Guidelines%20on%20product%20oversight%20an>.

de siniestro, incluso cuando dicha actividad la desarrolle una empresa de reaseguros sin la intervención de un intermediario de reaseguros» (art. 2, § 1, n. 2, IDD).

Por tanto, el IDD se une consecuentemente a la Directiva Solvencia II; ambas responden a los mismos objetivos:

- empresas más robustas y una supervisión reforzada,
- una cadena de distribución más eficiente,
- consumidores más protegidos, gracias a una mayor información, a la mejora de la calidad de las prácticas de venta, a la introducción de sistemas más eficaces de solución de controversias, al fortalecimiento del *product design* y de la clientela *target* de los productos.

La IDD establece los requisitos profesionales y organizativos (art. 10), obligaciones de información y las normas de conducta (Capítulo V), así como los requisitos en relación con los productos de inversión basados en seguros (Capítulo VI). Se trata de una directiva de armonización mínima que permite a los Estados miembros mantener o adoptar disposiciones más estrictas de protección del consumidor, siempre que dichas disposiciones sean coherentes con el derecho de la Unión, incluida, por supuesto, la presente Directiva⁴.

La IDD ha ampliado el ámbito de aplicación de la regulación a un número de sujetos más amplio respecto a lo dispuesto en la legislación anterior, como, por ejemplo, las entidades cuya actividad consiste en prestar servicios de distribución de seguros o reaseguros a terceros (considerando 10) y las entidades cuya actividad consiste en proporcionar información sobre uno o más contratos de seguro en respuesta a criterios seleccionados a través de un sitio web u otros medios (con exclusión de los sitios web administrados por las autoridades públicas o las asociaciones de consumidores que no tengan por objeto la celebración de contratos). Esta ampliación está motivada por la necesidad de proporcionar la misma protección a los consumidores y uniformar los canales de distribución⁵.

En cambio, están exoneradas de la IDD las personas que se limitan a proporcionar información sobre productos de seguro, los asesores fiscales, los contables o abogados que asesoran sobre seguros de forma accesoria y las personas que ejercen una actividad de distribución de seguros a título auxiliar, siempre que el seguro sea complementario del producto suministrado o del servicio prestado por un proveedor, por importes de primas inferiores a 600,00 € calculados proporcionalmente sobre una base anual y un nivel limitado de los riesgos cubiertos (deterioro, pérdida, o daño del producto, falta de uso del servicio, daño o pérdida de equipaje, o riesgos asociados a un viaje reservado con dicho proveedor) (art. 1, § 3, IDD).

Otra novedad importante se refiere al tema de las comisiones, que fue tratado de manera similar por la MiFID y la MiFID II con la regulación de los *inducement*. La tradicional remuneración del

⁴ V. el considerando 3: «No obstante, la presente Directiva persigue una armonización mínima, por lo que no debe excluir que los Estados miembros mantengan o adopten disposiciones más estrictas para proteger a los clientes, siempre y cuando tales disposiciones sean compatibles con el Derecho de la Unión, incluida la presente Directiva».

⁵ V. los considerandos 5), 6), 7) y 8): «Los productos de seguro pueden ser distribuidos por diversas personas o entidades, tales como agentes, corredores, operadores de «bancaseguro», empresas de seguros, agencias de viajes y empresas de alquiler de automóviles, etc. La igualdad de trato entre los operadores y la protección del cliente requieren que el ámbito de aplicación de la presente Directiva se extienda a todas esas personas y entidades» (Nº 5). «Todos los consumidores deben gozar del mismo nivel de protección a pesar de las diferencias entre los canales de distribución. A fin de garantizar que se aplique el mismo nivel de protección y que los consumidores puedan beneficiarse de normas comparables, en particular en el ámbito de la divulgación de información, es fundamental que haya unas condiciones de competencia equitativas entre los distintos distribuidores» (Nº 6). «La aplicación de la Directiva 2002/92/CE ha puesto de manifiesto que es necesario precisar en mayor medida una serie de disposiciones, al objeto de facilitar el ejercicio de la distribución de seguros, y que la protección de los consumidores exige ampliar el ámbito de aplicación de la Directiva a todas las ventas de productos de seguro. Las empresas de seguros que vendan productos de seguro directamente deben estar comprendidas en el ámbito de aplicación de la presente Directiva, en condiciones similares a las de los agentes y corredores de seguros» (Nº 7). «Al objeto de garantizar un mismo nivel de protección, sea cual sea el canal a través del cual el cliente adquiera un producto de seguro, bien directamente a una empresa de seguros, bien indirectamente a un intermediario, es necesario incluir en el ámbito de la presente Directiva no solo a las empresas de seguros o a los intermediarios, sino también a otros participantes en el mercado que vendan productos de seguro con carácter auxiliar, tales como las agencias de viajes y las empresas de alquiler de automóviles, a menos que reúnan las condiciones para ser objeto de exención» (Nº 8).

mundo de los seguros, por muchos, ha sido acusada de crear un posible conflicto de intereses en detrimento del tomador. Por lo tanto, se ha exigido que se suprima y se sustituya por honorarios. A este respecto, la IDD prohíbe la remuneración basada en comisiones por los servicios de consultoría de gestión de activos prestados de forma independiente. Sin embargo, la IDD no llegó a prohibir completamente las comisiones, dejando a los Estados Miembros la elección de cómo regular este aspecto. Por lo tanto, el IDD exige que, antes de cada venta, los intermediarios deben obligatoriamente informar a sus clientes sobre la modalidad con la que serán remunerados (por ejemplo, honorarios, comisiones u otro tipo de remuneración) (art. 19 IDD). La misma obligación se aplica también a las redes de venta directa de las compañías de seguros y de los bancos.

La IDD aumenta las obligaciones de información y asesoramiento a cargo del distribuidor. En cuanto a la información precontractual, la legislación exige que se proporcionen detalles sobre las entidades que venden los productos de seguro y la remuneración recibida. Entre otras cosas, se introducen las siguientes obligaciones:

- la "recomendación personalizada", que debe identificar las razones por las que un determinado producto sería más adecuado que otros para satisfacer las necesidades del cliente, solicitando una prestación de asesoramiento; se espera que la entidad que distribuye los productos de seguros no adopte prácticas relativas a la remuneración, objetivos de venta y de otra naturaleza que puedan fomentar la recomendación si estos productos no se adaptan a las necesidades específicas del cliente;
- la entrega de un documento estándar de información precontractual al contratante;
- el distribuidor debe ocuparse de conocer los productos financieros de su cliente, determinando si la inversión propuesta es adecuada a sus necesidades.

Ya no será posible distribuir productos sobre seguros vinculados obligatoriamente con la venta de otros bienes o servicios, sin ofrecer al consumidor la posibilidad de adquirir uno por separado del otro.

Por último, cabe señalar que la IDD podría representar una oportunidad de desarrollo para la *Insurtech*. Con el fin de cumplir normativa en cuestión, puede ser necesario recurrir a instrumentos digitales y automatizados para la obtención y el análisis de datos, la evaluación de las necesidades del cliente y de su perfil.

En resumen, la normativa que se examina crea un sistema en el que las normas sobre seguros están en parte sustancialmente alineadas con las normas financieras derivadas de MiFID II, preservando no obstante la especificidad necesaria. La alineación parcial entre las normas IDD y MiFID II se completa mediante el reglamento sobre la distribución de los IBIPs elaborada por el IVASS y la CONSOB. Va, sin embargo, desde ahora señalado que existen también desajustes entre las diversas regulaciones, que no siempre parecen ser correctas, lo que plantea cuestiones relevantes.

2. La transposición de la IDD ha sido realizada mediante el d.lg. 21 de mayo de 2018, n. 68, por el que se modificó el *Codice delle assicurazioni private* (abreviado como *c.a.p.*), lo que repercutió, entre otras cosas, en el Título IX, destinado a las «Actividades de distribución de seguros y reaseguros». Por lo que respecta a su competencia, el IVASS ha emitido tres Reglamentos: el Reglamento n. 40/2018 sobre distribución de seguros y reaseguros, el Reglamento n. 41/2018 sobre transparencia, publicidad y la aplicación de productos y el Reglamento n. 39/2018 sobre las sanciones.

Como ya se ha escrito, la ampliación del ámbito de aplicación de la nueva disciplina es tal que afecta no sólo a los intermediarios de seguros, sino a todas las partes que operan en la cadena de distribución de seguros. Dicha ampliación ha sido solicitada desde hace mucho tiempo por los intermediarios profesionales (agentes y *brokers*) y permite poner al mismo nivel a todos los que intervienen de diversas maneras en la distribución, evitando así los efectos distorsionantes sobre la competencia.

La lógica de la regulación es “transportar” el segmento de distribución de seguros de una lógica orientada al producto a una lógica orientada hacia el cliente. El propio IVASS, en una carta a los operadores, escribe: «El objetivo es asegurar que los productos de seguros se adapten siempre a las necesidades de los clientes para los que están diseñados. Se reclama a las empresas el tipo de cliente

al que los productos son destinados, desde su diseño y lanzamiento al mercado, y que los supervisen sistemáticamente para asegurarse de que siguen satisfaciendo los intereses de los asegurados a lo largo del tiempo. Se pide a los intermediarios que verifiquen si los procesos actuales son adecuados para el intercambio, con las empresas, de la información necesaria sobre los productos y los mercados de referencia para los que han sido diseñados, planificando cualquier ajuste necesario».

Según el art. 106 *c.a.p.*, la actividad de distribución de seguros y reaseguros consiste en proponer productos de seguros y reaseguros, en prestar asistencia y asesoramiento, en realizar otros actos preparatorios relativos a la celebración de dichos contratos o en la conclusión de tales contratos, concretamente en la colaboración, en la gestión o la ejecución, especialmente en caso de siniestros, de los contratos celebrados. Corresponde a la actividad de distribución de seguros el suministro, a través de un sitio web u otros medios, de información, en relación con uno o más contratos de seguros, incluso si se comparan o se ordenan, sobre la base de criterios que puede elegir el cliente, en términos de primas y cualquier descuento aplicado u otras características del contrato, si el cliente se encuentra en disposición de concluir el mismo directa o indirectamente.

Sobre la base de dichas definiciones el artículo 107, apartados 1 y 2, *c.a.p.* delimita el ámbito de aplicación del Título IX, que regula las condiciones de acceso y ejercicio de la actividad de distribución de seguros y reaseguros en el territorio de la República Italiana, incluida la actividad de mediación de seguros y reaseguros a título oneroso realizada por personas físicas o jurídicas que tengan su residencia o domicilio social en el territorio de la República Italiana y en régimen de derecho de establecimiento o de libre prestación de servicios en el territorio de otros Estados miembros, así como la actividad de distribución de seguros y reaseguros relacionados con riesgos y compromisos situados fuera de la Unión Europea, cuando sea realizada por intermediarios registrados en Italia. Las disposiciones del Título IX regulan también la actividad de distribución de seguros y de reaseguro, incluso con carácter accesorio, por parte de personas físicas o jurídicas con residencia o domicilio social en el territorio de otros Estados miembros de la Unión Europea, realizada en el territorio de la República Italiana.

De conformidad con el art. 107, apartado 3, *c.a.p.*, no constituyen actividades de distribución de seguros o reaseguros a los efectos del apartado 1 del mencionado artículo las siguientes actividades:

a) el suministro de información con carácter accesorio a un cliente en el contexto de otra actividad profesional, siempre que el proveedor no adopte otras medidas de apoyo en la celebración o ejecución de un contrato de seguro o reaseguro y el propósito de esa actividad no sea la de ayudar al cliente en la celebración o en la ejecución de un contrato de seguro o reaseguro;

b) la gestión de siniestros por una empresa de seguros o reaseguros sobre una base profesional o las actividades de liquidación de siniestros y el asesoramiento sobre las mismas;

c) el mero suministro de datos e información sobre posibles asegurados a intermediarios de seguros o reaseguros, o a empresas de seguros o reaseguros, si el proveedor no adopta ninguna otra medida para ayudar a la celebración de un contrato de seguro o reaseguro;

d) el mero suministro a los posibles asegurados de información sobre productos de seguro o reaseguro, sobre un intermediario de seguro o reaseguro, sobre una empresa de seguros o reaseguros, si el proveedor no adopta otras medidas para ayudarles a celebrar el contrato.

El art. 107, apartado 4, *c.a.p.* excluye de las disposiciones del Título IX también la actividad de distribución de seguros realizada por los intermediarios de seguros con carácter accesorio, siempre que se cumplan conjuntamente las siguientes condiciones

a) el seguro es accesorio a un producto o servicio y cubre los riesgos de pérdida, deterioro, daño del producto suministrado o la no utilización del servicio prestado por el proveedor (1), o la pérdida o daño del equipaje y otros riesgos relacionados con el viaje reservado con ese proveedor (2);

b) el importe de la prima pagada por el contrato de seguro, calculado proporcionalmente sobre una base anual, no excederá de 600 euros;

c) no obstante lo dispuesto en la letra *b)*, cuando el seguro sea complementario de un servicio mencionado en la letra *a)* y la duración de ese servicio sea inferior o igual a tres meses, la cuantía de la prima pagada por persona no excederá de 200 euros.

3. Con el nuevo *c.a.p.*, en esta materia, el sistema regulador cambia el enfoque de la "mediación de seguros" a la "distribución"⁶, como se indica claramente en el Título IX. Estos son los aspectos esenciales en los que se basa el sistema de distribución de los productos de seguros:

1) regulación unitaria para todos los canales: las nuevas normas se aplican a todos los canales de distribución (venta directa por parte de empresas, agentes, *brokers*, bancos, oficinas de correos, otros);

2) regulación unitaria para los productos de seguros, con reglas que se aplican a todos los productos de seguros (también IBIP), con la previsión de reglas adicionales que se aplican sólo a los IBIP;

3) "ajustes proporcionales" a la regulación;

4) reforzamiento de la protección del consumidor regulando los acuerdos de "venta" y la información pre- y postcontractual.

Son considerados distribuidores todos aquellos que, además de los intermediarios, distribuyen productos de seguros y reaseguros, como:

- empresas de seguros y sus empleados (con sujeción a las normas de conducta, los requisitos profesionales *ad hoc* para los responsables de las empresas y los intermediarios bancarios/financieros);

- sujetos que gestionan sitios comparativos a través de los cuales es posible contratar directa o indirectamente un contrato de seguro (registro en el RUI, y sujeto a las normas de conducta);

- intermediarios de seguros a título accesorio: cabe señalar que incluso en el caso de actividades vinculadas «bajo el límite», la empresa o el intermediario principal debe asegurar que se proporcione información para proteger al contratante (datos identificativos de la empresa/intermediario, procedimientos de reclamación y ADR, evaluación de las necesidades y solicitudes del cliente, entrega de la documentación informativa)⁷.

En esencia, al igual que en los sectores bancario y financiero, en el sector de los seguros también se presta atención al sistema de información al cliente durante la distribución, la conducta de los intermediarios y en la *governance* de los productos. Por lo tanto, el legislador interviene sobre los productos y recurre también en este ámbito a las reglas de información relativas a los documentos precontractuales y a las ya conocidas reglas de organización y de conducta.

En lo que respecta a los productos, la regulación abarca, entre otras cosas, lo siguiente:

- PRIP (*Packaged Retail and Insurance-Based Investment Product*): es un producto de inversión minorista prefabricado, definido como «una inversión [...] en la cual, independientemente de la forma jurídica de la propia inversión, el importe adeudado al inversor minorista está sujeto a fluctuaciones como consecuencia de la exposición a valores de referencia o al rendimiento de uno o varios activos que no son adquiridos directamente por el inversor minorista» (art. 4, apartado 1, let. *a*) reg. n. 1286/2014);

- IBIP (*Insurance Based Investment Product*): es el producto de inversión en seguros, definido como «un producto de seguros que presenta un vencimiento o un valor de rescate y en el que tal

⁶ Cfr. el Reglamento IVASS n. 40/2018.

⁷ V., a este respecto, el art. 107, apartados 5-7, *c.a.p.*: «5. *Nell'esercizio dell'attività di distribuzione attraverso un intermediario assicurativo a titolo accessorio esentato, di cui al comma 4, l'impresa di assicurazione o intermediario assicurativo che se ne avvale garantisce che: a) prima della conclusione del contratto, il contraente riceva informazioni riguardanti rispettivamente gli elementi di cui all'art. 120, comma 2, lett. a, c, se agisce su incarico dell'impresa, o di cui all'articolo 120, comma 1, lettere a) e c), se agisce su incarico di altro intermediario; b) siano predisposti rapporti contrattuali adeguati e proporzionati al fine di assicurare la conformità con quanto previsto dagli articoli 119-bis e 120-quinquies e tenere conto delle richieste ed esigenze del contraente prima di proporre il contratto; c) prima della conclusione del contratto, sia fornita al contraente la documentazione informativa relativa al prodotto assicurativo di cui all'articolo 185. 6. Fatto salvo quanto previsto dal testo unico dell'intermediazione finanziaria, le persone giuridiche di cui all'articolo 109, comma 2, lettera d), sono sottoposte, limitatamente all'attività di distribuzione assicurativa, alla vigilanza dell'IVASS, che la esercita mediante i poteri previsti dall'articolo 5, comma 1, anche per quanto riguarda l'osservanza delle disposizioni sulle regole di comportamento di cui al Capo III, informando e collaborando con le altre autorità interessate. 7. L'IVASS monitora il mercato, ivi incluso il mercato dei prodotti assicurativi commercializzati, distribuiti o venduti a titolo accessorio, nel o dal territorio della Repubblica».*

vencimiento o valor de rescate está expuesto total o parcialmente, directa o indirectamente, a las fluctuaciones del mercado, y no incluye: a) los productos de seguro no de vida enumerados en el anexo I de la Directiva 2009/138/CE (ramos de seguro distintos del seguro de vida); b) los seguros de vida en los que las prestaciones previstas en el contrato sólo son exigibles en caso de fallecimiento o incapacidad por lesión, enfermedad o invalidez; c) los productos de pensiones que, según la legislación nacional, se reconocen con el objetivo principal de ofrecer al inversor una renta durante la jubilación y que permiten al inversor disfrutar de determinadas prestaciones; d) los planes de pensiones empresariales o profesionales oficialmente reconocidos que entren en el ámbito de aplicación de la Directiva 2003/41/CE o de la Directiva 2009/138/CE; e) los productos de pensiones individuales para los el derecho nacional exige una contribución financiera del empleador y en los que el trabajador o el empleador no puedan elegir el proveedor o el producto de pensiones» (art. 2, § 2, n. 17, IDD y art. 4, apartado 1, let. b, reg. n. 1286/2014)⁸; en resumen, se trata de productos cuyo rendimiento depende de los activos subyacentes (son productos de Rama III, Rama V y de una gran parte de la Rama I, incluidas las pólizas de vida reevaluables);

- PRIIP (*Packaged Retail and Insurance-Based Investment Product*): es el producto de inversión y seguro minorista prefabricado «que se ajusta a una de las definiciones de las letras a) [PRIIP] y b) [IBIP] o en ambas» (art. 4, apartado 1, letra c, reg. n. 1286/2014).

En lo que respecta a los documentos precontractuales, la legislación tiende a permitir una mayor comprensión de los productos y su comparabilidad a fin de implementar la competencia en general. De conformidad con el art. 185, apartado 1, letras a, b, c, c.a.p., las compañías de seguros y los intermediarios que realizan productos de seguros para ser vendidos a los clientes redactan los siguientes documentos:

a) DIP-Daños: el documento de información precontractual para los productos de seguro de daños según el art. 185-bis c.a.p., elaborado de conformidad con las disposiciones del Reglamento (UE) n. 2017/1469;

b) DIP-Vida: el documento de información precontractual para los productos de seguro de vida a que se refiere el artículo 185-ter c.a.p. que no sean los indicados en la letra c;

c) KID (*Key Information Document*): el documento informativo para los productos de inversión redactado de conformidad con las disposiciones del Reglamento n. 1286/2014 y sus normas de aplicación, preparado de la misma manera para todos los PRIIP.

Luego está el IPID (*Insurance Product Information Document*), es decir, el documento de información precontractual adicional que en virtud del art. 185, apartado 2, c.a.p., las compañías de seguros y los intermediarios que realizan productos de seguros deben redactar.

Por consiguiente, la disciplina ha introducido documentos de información precontractual que sustituyen a la anterior Nota Informativa y están redactados en forma estandarizada y simplificada, con lo que se aumenta el conocimiento del cliente y la comparabilidad entre los productos.

Para todos los productos IBIP, incluidos los multisectoriales, sólo se entregarán al cliente dos documentos de contenido diversificado e integrado: el KID, supervisado por la CONSOB, y el DIP, supervisado por el IVASS.

Desde el punto de vista de la organización interna de los intermediarios, se prevé la POG (*Product Oversight Governance*), la *policy* de *governance* y control de los productos, que determina un procedimiento para las actividades y representa, entre otras cosas, una anticipación de la protección de los clientes ya en la fase de concepción del producto de seguro.

Como resultado, en el sistema de distribución hay un reparto de competencias entre responsabilidades entre el c.a.p. y t.u.f. que se puede resumir en los siguientes puntos:

- 1) la noción de IBIP sustituye a la de Ramo I, III, V y multirramo;
- 2) la supervisión de la distribución es repartida en base al canal de distribución, correspondiendo a la CONSOB el canal bancario y al IVASS todos los demás canales;

⁸ Coincide en parte con la definición de IBIP que figura en el art. 4, apartado 1, letra b, reg. n. 1286/2014: «producto de seguro que presenta un vencimiento o un valor de rescate y en el que dicho vencimiento o valor de rescate está expuesto total o parcialmente, directa o indirectamente, a las fluctuaciones del mercado».

- 3) la supervisión de la transparencia precontractual se reparte según la tipología del documento: CONSOB es competente para el KID, mientras que el IVASS para el DIP adicional;
- 4) la vigilancia sobre la POG del productor se atribuye al IVASS.

4. Al igual que el MiFID II, también la IDD contiene normas de organización, que en parte tienen por objeto permitir a las empresas cumplir mejor las normas de conducta que se les imponen, así como hacerlas más eficientes y más *compliance*.

En particular, están presentes disposiciones específicas de la POG para todos los productos daños, vida y financieros, los cuales identifican en las necesidades de seguro de los clientes las bases del proceso de gestión del producto, regulando todas las fases desde la ideación hasta la de colocación.

La POG es, por lo tanto, el conjunto de requisitos organizativos en materia de gobierno y control de los productos que dirige sus disposiciones a los productores y distribuidores que fabrican productos de seguros, tomando prestados los ya previstos en la MiFID II, introduciendo así obligaciones de *product governance*⁹.

La regulación de la POG se rige por el art. 25 IDD y el Reglamento de la UE n. 2017/2358 sobre los requisitos en materia de gobierno y control del producto para las compañías de seguros y los distribuidores de productos de seguros y tiene por objeto garantizar desde su creación la adecuación de los productos ofrecidos con respecto a las necesidades de los clientes para los que están diseñados (*target market*). En esta normativa, por "productor" se entiende tanto la compañía de seguros como el intermediario de seguros (denominado *manufacturer de facto*)¹⁰ que produce productos de seguros para ser vendidos a los clientes; por "distribuidor" se entiende tanto la compañía que vende directamente como el intermediario de seguros que distribuye productos de seguros fabricados por otros. Por consiguiente, las compañías de seguros y los intermediarios (*manufacturer de facto*) que

⁹ A este respecto, cabe mencionar que la EIOPA y el IVASS han publicado, respectivamente, directrices (EIOPA-BoS-16/071 IT, *Orientamenti preparatori sulle disposizioni in materia di governo e controllo del prodotto da parte delle imprese di assicurazione e dei distributori di prodotti assicurativi*, en <https://www.ivass.it/normativa/internazionale/internazionale-ue/linee-guida-eiopa/index.html>) y una carta al mercado dirigida a los operadores (IVASS, *Lettera al mercato del 04/09/2017-Direttiva UE n. 2016/97 sulla distribuzione assicurativa e orientamenti preparatori EIOPA sui presidi in materia di governo e controllo del prodotto (POG) da parte delle imprese di assicurazione e dei distributori di prodotti assicurativi*, in <https://www.ivass.it/normativa/nazionale/secondaria-ivass/lettere/2017/lm-04-09/index.html>), para prepararse a aplicar las disposiciones previstas en la posterior introducción de la POG. Las directrices proporcionaron la orientación en la que se basaron las disposiciones de la POG y facilitaron la preparación del mercado europeo de seguros para la transposición de la IDD. La introducción de estas directrices, destinadas a proporcionar una mayor protección al consumidor, refiriéndose a las intervenciones desde el momento en que se concebía el producto hasta su posterior lanzamiento al mercado de referencia. En la carta al mercado del IVASS, se pidió a los operadores que iniciaran, tan pronto como se leyera la carta, todas las actividades preparatorias para la aplicación de las disposiciones de la POG, tomando como referencia las directrices de la EIOPA, es decir, los estudios, análisis y mapa de los productos y procedimientos ya utilizados para identificar cualquier discrepancia con respecto a las directrices y, cuando procediera, elaborar las modificaciones necesarias que se aplicaran para reflejar los objetivos establecidos en la carta.

¹⁰ Los intermediarios pueden ser considerados como productores cuando se cumplen ciertas condiciones. Sobre este punto, v. IVASS, *Lettera al mercato del 04/09/2017-Direttiva UE n. 2016/97 sulla distribuzione assicurativa e orientamenti preparatori EIOPA sui presidi in materia di governo e controllo del prodotto (POG) da parte delle imprese di assicurazione e dei distributori di prodotti assicurativi*, cit., p. 3, donde se hace referencia al *Technical Advice on possible delegated acts concerning the Insurance Distribution*, enviado el 1 de febrero de 2017 por la EIOPA a la Comisión Europea, que proporciona orientación sobre la figura del *manufacturer de facto*, y se considera que «un intermediario de seguros se considera un “productor” cuando desempeña una función decisiva en el diseño y desarrollo de un producto de seguros para el mercado. En definitiva, se califica como *manufacturer de facto* cuando, tanto en la fabricación de un nuevo producto como en la modificación de un producto existente, determina de forma independiente los elementos significativos (por ejemplo, la cobertura, los costes, los riesgos, las prestaciones y las garantías), con respecto a los cuales la empresa de seguros, que asume los correspondientes riesgos, no aporta modificaciones sustanciales. 8. El *Technical Advice* no considera, en cambio, actividades idóneas para calificar al intermediario como *manufacturer de facto*, la personalización y adaptación de los productos de seguro existentes, según la actividad de diseño de contratos denominados “tailor-made” a petición de un cliente específico, con el fin de satisfacer sus necesidades particulares de seguro, así como la mera posibilidad de ofrecer al cliente diferentes líneas de productos y cláusulas contractuales, opciones o activos subyacentes, o descuentos en las primas».

fabrican productos de seguros para ofrecerlos a la venta a los clientes adoptan, gestionan y controlan un proceso de aprobación para cada producto de seguro o para cualquier modificación significativa de un producto de seguro existente, antes de que se comercialice o distribuya a los clientes; el proceso de aprobación debe ser proporcionado y adecuado a la naturaleza del producto de seguro (art. 25, § 1, apartados 1 y 2, IDD). El proceso de aprobación de productos precisa para cada producto un mercado de referencia identificado, se garantiza que todos los riesgos específicamente relacionados con ese mercado de referencia han sido analizados y que la estrategia de distribución prevista es coherente con ese mercado de referencia, y se tomarán medidas razonables para garantizar que el producto de seguro se distribuya al mercado de referencia identificado (art. 25, § 1, apartado 3, IDD).

Una política similar debe adoptarse en relación con la fase de distribución por parte de las empresas e intermediarios que venden sus propios productos o los de otros.

Por consiguiente, la correspondiente normativa se divide en dos partes (arts. 2, 4 ss. y 10 ss. del reg. n. 2017/2358):

- POG *arrangements* para los productores, consistente en el proceso de aprobación del producto, identificación del mercado *target*, *product testing*, supervisión y revisión, selección de los canales de distribución adecuados para el mercado *target*,

- POG *arrangements* para los distribuidores, destinados a obtener del productor la información necesaria sobre los productos a distribuir.

El IVASS ha procedido a integrar las normas de *governance* de naturaleza prudencial de la POG y de las políticas de control de las redes de las empresas ordenantes.

Los procedimientos y las indicaciones de la POG y las directrices para la producción y distribución de productos tienen por objeto, tanto eliminar las cuestiones críticas derivadas de disposiciones reglamentarias incorrectas anteriores a la IDD, como evitar la explotación por los distribuidores de asimetrías de información u otras dinámicas que puedan beneficiar su posición negociadora con respecto a la del cliente, viniendo a menos la función de protección de este último. La disciplina distingue entre POG de los productores y POG de los distribuidores.

5. La POG de los productores está regulado por los arts. 25, § 1, apartados 1-5, IDD y 4 ss. reg. n. 2017/2358. Las empresas e intermediarios *manufacturer* deben aplicar procedimientos coherentes con todas las disposiciones de la POG, de modo que se garanticen los procesos de concepción, vigilancia, revisión y distribución de los productos que producen. Para ello, se debe elaborar por escrito una «política en materia de gobierno y control del producto» que se centre en los intereses del cliente, en la consecución de sus objetivos y el respeto de sus características, mediante la adopción de directrices particulares para la fase de diseño, control, revisión y distribución de los productos (art. 4, apartado 2, reg. n. 2017/2358). La *policy* también debe prever medidas apropiadas en el caso de productos susceptibles de causar perjuicios a los clientes e identificar las modalidades para gestionar adecuadamente los conflictos de intereses que puedan surgir durante la fase de *design* o sobrevenir en el curso de toda la vida del producto. Esta disposición es ciertamente eficaz para la protección de los clientes y supone un avance en la protección en comparación con las disposiciones de MiFID II, que, por otra parte, no prevé expresamente un requisito similar¹¹.

La elaboración de la *policy* debe incluir un conjunto de medidas proporcionales al nivel de complejidad y riesgo de los productos, es decir, a la naturaleza, dimensiones y a la complejidad de la actividad realizada por los productores. Estas medidas deben formalizarse en un documento que debe

¹¹ Al respecto, permitase referirse a L. DI NELLA, *Le regole comportamentali nella distribuzione di prodotti finanziari complessi*, en V. TROIANO y R. MOTRONE, *La MiFID II: rapporti con la clientela – regole di governance - mercati*, Atti del Convegno di Sassari, 12 giugno 2015, London, 2016, p. 131 s.; en general, v. también L. DI NELLA, *Lineamenti della nuova disciplina dei mercati finanziari (MiFID 2 e MIFIR)*, en *Persona, mercato, contratto e rapporti di consumo*, Studi in onore di Vito Rizzo, I, coords. E. Caterini, L. Di Nella, A. Flamini, L. Mezzasoma y S. Polidori, Napoli, 2017, p. 529; ID., *La tutela del consumatore nella MiFID 2 e nel MiFIR*, en J.L. PÉREZ SERRABONA GONZÁLES e F.J. PÉREZ-SERRABONA GONZÁLES (coords.), *Derecho Privado, Responsabilidad y Consumo*, 2018, Cizur Menor, p. 299 ss.

ponerse a disposición de todo el personal competente, de acuerdo con la estructura y los procesos organizativos adoptados.

Para los *manufacturer* además está previsto que definan las colaboraciones y sus respectivos roles en los acuerdos establecidos con otros operadores que tengan por objeto las fases de producción o la distribución posterior, a fin de evitar incoherencias y superposiciones. Las empresas que distribuyan directamente los productos que han diseñado tendrán que cumplir únicamente con las directrices en materia de gobierno y control de productos aplicables a los productores.

La POG también debe exigir que los productores establezcan una frecuencia mínima dentro de la cual deben examinar y, si es necesario, revisar la propia *policy*, a fin de garantizar que las medidas pertinentes sean válidas y estén constantemente actualizadas (art. 4, apartado 6, reg. n. 2017/2358). También deben identificarse las principales circunstancias cuya aparición podría requerir un examen *ad hoc* de las medidas en materia de gobierno y control del producto, como la aparición de factores externos de cambio, como modificaciones de la normativa de sector y/o acontecimientos importantes en el *target market*, que podrían repercutir en los productos y afectar a los intereses de los clientes para los que los productos han sido diseñados. Tampoco esta disposición está expresamente cubierta por la normativa MIFiD II y el MIFIR¹².

Otro aspecto que se trata dentro de la POG es el papel de los órganos de gestión. El órgano administrativo debe aprobar todas las medidas de gobierno y control de los productos producidos y las modificaciones correspondientes, asumiendo la responsabilidad de los aspectos relativos a la elaboración, la aplicación, la revisión y el cumplimiento de los procedimientos de producción (art. 4, apartado 4, reg. n. 2017/2358).

En lo que respecta a las aptitudes del personal que interviene en el proceso de diseño del producto, los productores también deben asegurar que el personal que participa en la fase de diseño del producto tenga los conocimientos y la experiencia necesarios para comprender correctamente las principales características de los propios productos, así como los intereses, objetivos y características del *target market*.

Los productores siguen siendo los únicos responsables del cumplimiento de la *policy* de gobierno y control del producto, incluso cuando la tarea de diseñar los productos se encomienda a terceros (art. 4, apartado 5, reg. n. 2017/2358).

La legislación exige que en el proceso de aprobación de cada producto se identifiquen también los clientes de referencia, de modo que se garantice la identificación de todos los riesgos relacionados con este mercado y que la estrategia de distribución sea coherente con él (art. 5 reg. n. 2017/2358). Por lo tanto, los productores deben diseñar y comercializar productos que estén calibrados según los intereses, objetivos y características del mercado de referencia identificado, señalando también los grupos de clientes para los que el producto no es compatible.

También está previsto realizar pruebas de los productos antes de su comercialización (art. 6 reg. n. 2017/2358). Los productores realizarán las pruebas adecuadas a los productos, efectuando análisis de escenarios. Las pruebas tienen por objeto evaluar si los productos siguen respondiendo, a lo largo de toda su vida, a los intereses y objetivos del *target market* identificado. También se requieren pruebas si se introducen cambios sustanciales en los productos que ya están en el mercado que puedan afectar a las garantías ofrecidas y sobre el *target* de los clientes, como consecuencia de cambios en la normativa o en las condiciones económicas del mercado. Las pruebas realizadas deben seguir métodos cualitativos y cuantitativos según el tipo y la naturaleza del producto y el nivel de riesgo de perjuicio para el cliente. El resultado de las pruebas determinará si el producto se comercializa o no se corresponde con los intereses, objetivos y características del *target market*. Esta obligación tampoco está impuesta por las normas de la MIFiD II y del MIFIR¹³.

En lo que respecta a los canales de distribución, los productores tienen la obligación de definir las iniciativas que deben adoptarse para controlar que los distribuidores que utilizan operan de conformidad con las disposiciones en materia de la POG y colocan correctamente los productos en el

¹² Cfr. L. DI NELLA, *Le regole comportamentali nella distribuzione di prodotti finanziari complessi*, cit., p. 131 s.

¹³ Cfr. L. DI NELLA, *o.l.u.c.*

mercado de referencia identificado, así como las medidas correctoras a adoptar si consideran que el canal de distribución no cumple las disposiciones en materia de gobierno y control del producto (art. 8 reg. n. 2017/2358). Los productores deberán, para cada producto fabricado, suministrar a los distribuidores toda la información pertinente, en particular: características principales del producto, riesgos y costes, incluso implícitos, información sobre el proceso de aprobación del producto, el mercado de referencia y la estrategia de distribución, incluida cualquier circunstancia que pueda causar un conflicto de intereses en detrimento del cliente. Las informaciones deben ser claras, precisas y actualizadas, de modo que los distribuidores puedan comprender y situar correctamente el producto en el mercado de referencia identificado, identificar los grupos de clientes para los que el mismo producto no es compatible y llevar a cabo la actividad de distribución en el mejor interés del cliente.

En lo que respecta a la fase de seguimiento del producto, la IDD exige a la compañía de seguros prevea procedimientos de revisión, realizados con regularidad, de los productos de seguro que ofrece y comercializa, teniendo en cuenta cualquier acontecimiento que pueda afectar significativamente sobre los riesgos potenciales para el mercado de referencia identificado, para evaluar si el producto sigue siendo coherente con las necesidades del *target market* y si la estrategia de distribución prevista sigue siendo adecuada (art. 7 reg. n. 2017/2358). Tras la vigilancia, se adoptarán medidas correctivas cuando sea necesario. Por lo tanto, una vez identificadas las posibles circunstancias o sucesos que podrían exponer a los clientes a los prejuicios, los productores deben tener claras las medidas que deben adoptar cuando se produzcan. También pueden incluir la interrupción de la comercialización del producto para reducir las posibles consecuencias perjudiciales, así como para evitar que se perpetúe el riesgo de daño a los clientes.

También se realiza un control de los productos en el mercado para verificar si su tipo, duración contractual y complejidad siguen correspondiendo a las necesidades del cliente que los ha adquirido. Todo ello se lleva a cabo también en productos que ya no están en el mercado para identificar acontecimientos de carácter excepcional que distorsionan el mercado susceptible de perjudicar al cliente.

Tras la adopción de todas las medidas de gobierno y control, toda la documentación relativa a las diversas tales etapas debe ser redactada y conservada a efectos de *internal audit* y supervisión de las autoridades competentes. Esta documentación debe conservarse mientras los contratos de estos productos permanezcan en la cartera del productor (art. 9 reg. n. 2017/2358).

6. La POG de los distribuidores está regulada por los arts. 25, § 1, apartados 5 y 6, IDD y 10 ss. reg. n. 2017/2358. Las indicaciones relativas al gobierno y control de los productos aplicables a los distribuidores que comercializan productos de seguros no realizados por ellos mismos son diferentes, pero reflejan, respecto a las de los productores precisamente por la diferente actividad que realizan, igualmente una importancia significativa. Esta legislación parece estar más desarrollada y detallada que la regulación en materia de mercados financieros¹⁴.

Los distribuidores establecerán «mecanismos de distribución de productos» que incluyan medidas determinadas y procedimientos para obtener del sujeto que realiza el producto de seguro toda la información necesaria sobre los productos de seguro que pretenden ofrecer a sus clientes y para comprender plenamente dichos productos, teniendo en cuenta el nivel de complejidad y los riesgos asociados a estos, así como la naturaleza, el alcance y la complejidad de la actividad pertinente del distribuidor (art. 10, apartado 1, reg. n. 2017/2358).

En lo que respecta a la elaboración de la *policy*, debe redactarse en proporción al nivel de complejidad y riesgo de los productos distribuidos y a la naturaleza, tamaño y complejidad de la actividad realizada por los distribuidores. De conformidad con el art. 10, apartado 2, reg. n. 2017/2358, los mecanismos de distribución del producto deben ser adecuados para lograr los siguientes objetivos:

¹⁴ Cfr. L. DI NELLA, *o.u.c.*, p. 132.

- garantizar que se tengan debidamente en cuenta las necesidades de seguro de los clientes y sus conocimientos y experiencia en el ámbito de las inversiones, la situación financiera y los objetivos de inversión;

- prevenir y reducir los perjuicios hacia los clientes;
- fomentar una gestión adecuada de los conflictos de intereses.

La *policy* elaborada por el distribuidor regula la fase preliminar de distribución del producto. Posteriormente, el distribuidor está obligado a cumplir las disposiciones sobre conflictos de intereses y la evaluación de la idoneidad y la adecuación de los contratos ofrecidos, en relación con el momento de la venta propiamente dicha. Además, los distribuidores pueden hacer referencia directa a los procedimientos adoptados por las empresas proponentes, integrados adecuadamente con las obligaciones correspondientes de competencia relativas a las fases estrictamente distributivas.

La *policy* de distribución y sus modificaciones son aprobadas por el órgano administrativo del distribuidor o la estructura equivalente responsable de la distribución de los productos de seguro, teniendo en cuenta, sobre la base del principio de proporcionalidad, a la complejidad de la estructura organizativa del distribuidor (art. 10, apartado 5, reg. n. 2017/2358).

La *policy* de distribución se formaliza en un documento escrito que debe ponerse a disposición de todo el personal competente, incluida toda la red de distribución subyacente (art. 10, apartado 1, reg. n. 2017/2358).

Por parte de los distribuidores, también es necesario revisar periódicamente la *policy* de distribución de productos, a fin de determinar las circunstancias en las que será necesario revisarla e introducir cambios para garantizar su continua validez y actualización (art. 10, apartado 6, reg. n. 2017/2358).

Los distribuidores podrán adoptar su propia estrategia de distribución, pero ésta no debe ser contraria a la estrategia de distribución y al mercado de referencia identificado por los productores (art. 10, apartado 4, reg. n. 2017/2358).

Para que los distribuidores puedan llevar a cabo su actividad, es necesario que reúnan toda la información relativa al mercado de referencia, al producto y a la estrategia de distribución (art. 121-*bis*, apartado 1, *c.a.p.*). Esta información es necesaria para permitir a los distribuidores tener un conocimiento completo de los productos que tienen que distribuir y para proporcionar un amplio servicio de asesoramiento. La información relativa al producto de seguro se centra en particular en las características del producto, los riesgos y los costes, incluidos los implícitos, sobre el proceso de aprobación correspondiente, el mercado de referencia y la estrategia de distribución, incluida cualquier circunstancia que pueda provocar un conflicto de intereses en detrimento del cliente, así como cualquier otra información útil para identificar a los clientes para los que se diseña el producto y los grupos de clientes para los que el producto es incompatible, y para llevar a cabo la actividad de distribución en el mejor interés del cliente.

Si, de un lado, los distribuidores deben recibir toda la información antes citada, de otro lado, deben comunicar información específica de ventas para que los productores puedan llevar a cabo la fase de vigilancia. Si los distribuidores comprueban que los productos ya no responden a los intereses, objetivos y características del mercado de referencia, o si surgen circunstancias en relación con el producto que aumentan el riesgo de daños y perjuicios al cliente, están obligados a informar a los productores con la debida antelación para que puedan llevar a cabo las actividades correctoras necesarias (art. 11 reg. n. 2017/2358). También se les exige que comuniquen simples quejas sobre los productos distribuidos, siempre con el objetivo final de evaluar la aplicación de posibles medidas correctoras por parte de los productores.

Los distribuidores también deben documentar todas las medidas adoptadas para la distribución de los productos. También en este caso, la documentación debe conservarse de acuerdo con las normas de conservación de la documentación de seguros, mientras los contratos vendidos permanezcan en la cartera del distribuidor (art. 12, reg. n. 2017/2358).

7. La regulación mencionada de las normas generales de conducta para la venta de productos de seguros. Con este fin, la IDD se centra en las necesidades de los clientes, orientando a los distribuidores de seguros hacia «un comportamiento correcto», la simplificación de la información a los clientes y el fortalecimiento del sistema de sanciones. Estas reglas son más incidentes en la conducta de los distribuidores y se desarrollan de acuerdo con las siguientes líneas:

- 1) reforzar el papel de la consultoría en la fase precontractual (*demands and needs* y ventas con asesoría) con la obligación de actuar en el *best interest* del cliente;
- 2) la prevención de conflictos de intereses con la prohibición de adoptar prácticas en materia de honorarios contrarias al deber de actuar en el *best interest* del cliente;
- 3) normas sobre la remuneración con la obligación de informar a los clientes de la naturaleza de la retribución (es decir, importe por r.c. auto y *Payment Protection Insurance*);
- 4) "tarjeta de identidad" del intermediario que explica las normas de conducta que el mismo está obligado a observar;
- 5) regulación de la distribución a través de la *web*, *social* y *app* del intermediario;
- 6) fomentar el uso de instrumentos de pago electrónico para el cobro de las primas de seguros a fin de garantizar su rastreo.

En particular, en la venta de productos de seguros se establecen las siguientes normas de conducta.

- Principios de actuación en el «mejor interés del cliente» y de transparencia (art. 119-bis, apartado 1, *c.a.p.*). Los distribuidores deben actuar de manera justa, honesta, profesional, correcta y transparente para servir mejor los intereses de sus clientes. Todos los distribuidores, incluso los que no prestan servicios de consultoría, deben cumplir con la obligación de corrección.

La información relativa a la distribución de seguros, incluidas las comunicaciones publicitarias relativas a los productos distribuidos, dirigida por los distribuidores de productos de seguros a los asegurados o posibles asegurados será correcta, clara y no engañosa, imparcial y completa. Las comunicaciones publicitarias siempre serán claramente identificables como tales. A este respecto se aplican las disposiciones del art. 182, apartados 4-7, *c.a.p.* (art. 119-bis, apartado 2, *c.a.p.*).

El art. 54 reg. n. 40/2018 dispone con mayor detalle que en el ejercicio de la actividad de distribución y, en particular, en la oferta de contratos de seguro y en la gestión de la relación contractual, los distribuidores deben:

- a) comportarse con equidad, honestidad, profesionalidad, corrección y transparencia en el mejor interés de los contratantes y de los asegurados y de tal manera que no se les perjudique;
- b) cumplir las disposiciones legislativas y reglamentarias, incluidos, en el caso de los intermediarios, los procedimientos e instrucciones que a tal fin impartan las empresas para las que puedan operar;
- c) adquirir la información necesaria para evaluar las necesidades y prestaciones de los asegurados y actuar de manera que estos últimos estén siempre adecuadamente informados. Los distribuidores proporcionan a los asegurados información sobre la actividad realizada y los productos distribuidos, incluidas las comunicaciones publicitarias, que son correctas, claras, no engañosas, imparciales y completas, de conformidad con lo dispuesto en el art. 119-bis *c.a.p.* Las comunicaciones publicitarias preparadas por los intermediarios siempre son claramente identificables como tales y están sujetas a la autorización previa de las principales empresas.

- Evaluación de las «exigencias y necesidades» del cliente (art. 58 reg. n. 40/2018). El distribuidor del producto de seguro está obligado a evaluar las peticiones y necesidades de seguro del cliente como condición para la venta. El distribuidor es directamente responsable en caso de evaluación incorrecta de las necesidades de seguro del cliente. Este requisito debe considerarse como una forma muy avanzada de protección del cliente que no existe en materia de mercados financieros, respecto a los cuales la evaluación de la idoneidad sólo se impone en sede de suministro de servicios de asesoramiento y de gestión de carteras de inversiones individuales¹⁵.

¹⁵ Cfr. L. DI NELLA, *Lineamenti della nuova disciplina dei mercati finanziari (MiFID 2 e MIFIR)*, cit., p. 554 ss.; C. COLOMBO, *Adeguatezza, appropriatezza e mera esecuzione nell'offerta di servizi di investimento*, en V. TROIANO y R. MOTRONE, *La MiFID II: rapporti con la clientela – regole di governance - mercati*, cit., p. 57 ss.

De conformidad con el art. 58, apartados 1-4, reg. n. 40/2018, los distribuidores deben proponer contratos que se ajusten a las peticiones y necesidades de cobertura de seguro y prestaciones del titular de la póliza o del asegurado. Con este fin, los distribuidores, antes de tener una propuesta o, si no está previsto, un contrato de seguro suscrito, adquieren del titular de la póliza la información útil para evaluar sus peticiones y necesidades. En particular, a los efectos mencionados en el apartado 1, el apartado 2 dispone que los distribuidores solicitarán información sobre las características personales y las necesidades de seguro o prestaciones del titular de la póliza o del asegurado, incluidas, cuando proceda, referencias específicas a la edad, el estado de salud, el trabajo, la familia, la situación financiera y de seguro y sus expectativas en relación con la suscripción del contrato, en términos de cobertura y duración, teniendo en cuenta también cualquier cobertura de seguro ya existente, el tipo de riesgo, las características y la complejidad del contrato ofrecido.

Sobre la base de la información reunida, los distribuidores, teniendo en cuenta el tipo de contratante y la naturaleza y complejidad del producto ofrecido, proporcionarán al mismo, de forma clara y comprensible, información objetiva del producto, explicando sus características, duración, costes, límites de cobertura y cualquier otro elemento útil para que pueda tomar una decisión informada.

De conformidad con lo dispuesto en el art. 58, apartado 5, reg. n. 40/2018, la negativa a proporcionar una o más de las informaciones antes mencionadas debe resultar de una declaración específica, que se adjuntará a la propuesta o póliza, firmada por el titular de la póliza y el distribuidor, de la que se desprende una advertencia específica de que esa negativa afecta a la capacidad de identificar el contrato en consonancia con las peticiones y necesidades del solicitante.

Si los distribuidores reciben propuestas de seguros y de prestaciones que no se ajustan a las peticiones y necesidades del titular de la póliza, le informarán de esta circunstancia, especificando las razones y dando prueba de ello en una declaración específica, firmada también en este caso por el titular de la póliza y el distribuidor (art. 58, apartado 6, reg. n. 40/2018).

Al realizar actividades de distribución relacionadas con el seguro de grandes riesgos, el distribuidor de productos de seguros no está obligado a proporcionar la información a que se refieren los arts. 18, 19 y 20 de la IDD (art. 22, § 1, IDD).

- Venta con asesoramiento (art. 119-ter *c.a.p.*). Sin perjuicio de la obligación de evaluar las necesidades de seguro del cliente, se introducen las ventas con asesoramiento y las que tienen un asesoramiento imparcial. Ambas consultas pueden ser proporcionadas a discreción del distribuidor como servicios auxiliares. El asesoramiento consiste en proporcionar al cliente una «recomendación personalizada» indicando las razones por las que un producto es más apropiado para satisfacer sus necesidades. El asesoramiento imparcial proporciona al cliente un análisis de una amplia gama de productos disponibles en el mercado.

Para el art. 59, apartados 1-3, reg. n. 40/2018, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 58, si se ofrece asesoramiento antes de la conclusión del contrato, el distribuidor proporcionará a la parte contratante una recomendación personalizada, de conformidad con el art. 119-ter, apartado 3, *c.a.p.* que contiene las razones por las que el contrato ofrecido se considera más adecuado para satisfacer las peticiones y necesidades de la propia parte contratante.

Si la consultoría se basa en un análisis imparcial y personal de acuerdo con el art. 119-ter, apartado 4, *c.a.p.* el intermediario de seguros basa dicho asesoramiento en el análisis de un número suficiente de contratos y proveedores disponibles en el mercado, lo que le permite formular una recomendación personalizada, según criterios profesionales, sobre el contrato de seguro más adecuado para satisfacer las necesidades del asegurado.

La documentación de la cual resulta la recomendación personalizada debe ser debidamente firmada por el contratante y conservada por el intermediario.

De conformidad con el art. 29, § 3, apartado 3, IDD, los Estados miembros pueden hacer obligatoria la prestación del asesoramiento a que se refiere el artículo 30 para la venta de cualquier producto de inversión de seguros o para ciertos tipos de éste.

- Venta combinada (art. 120-*quinquies c.a.p.*). Con el fin de proteger la competencia, se establecen reglas especiales para la venta combinada. El distribuidor que ofrece un producto de seguro junto con un producto o servicio accesorio distinto del seguro, como parte de un paquete o del mismo acuerdo, informará al titular de la póliza de la posibilidad de adquirir los dos componentes por separado. Cuando el titular de la póliza haya optado por la compra por separado, el distribuidor proporcionará una descripción adecuada de los diferentes componentes del acuerdo o paquete y pruebas por separado de los costes y cargos de cada uno de ellos (art. 120-*quinquies*, apartado 1, *c.a.p.*).

En el caso contrario, si un producto de seguro es accesorio de un bien o servicio que no sea un seguro, como parte de un paquete o del mismo acuerdo, el distribuidor de productos de seguro ofrecerá al titular del seguro la posibilidad de adquirir el bien o servicio por separado (art. 120-*quinquies*, apartado 3, *c.a.p.*)¹⁶.

En los dos casos ahora expuestos de ventas combinadas de producto de seguro principal y accesorio, el distribuidor de productos de seguro especifica al asegurado las razones por las que el producto de seguro que forma parte del paquete global o del propio acuerdo se considera más adecuado para satisfacer las peticiones y necesidades del asegurado (art. 121-*quinquies*, apartado 4, *c.a.p.*)¹⁷.

En el caso de venta combinada y cuando el riesgo o la cobertura de seguro que se deriva del acuerdo o paquete propuesto a un asegurado son diferentes de los componentes considerados por separado, el distribuidor de los productos de seguro proporciona una descripción adecuada de los diferentes componentes del acuerdo o del paquete y del modo en el cual su interacción cambia los riesgos o la cobertura de seguro (art. 121-*quinquies*, apartado 2, *c.a.p.*).

Las disposiciones en cuestión no se aplican a la distribución de productos de seguros que ofrecen cobertura para diferentes tipos de riesgo (art. 121-*quinquies*, apartado 6, *c.a.p.*).

En todo caso, encuentran aplicación las disposiciones del *Codice del Consumo*, cuando proceda (art. 121-*quinquies*, apartado 7, *c.a.p.*).

En los dos casos antes expuestos de venta combinada, en relación con el objetivo de protección a los asegurados, el IVASS, con respecto a las actividades de distribución de seguros, podrá aplicar las medidas cautelares e interdictivas previstas por el *c.a.p.*, incluida la facultad de prohibir la venta de seguros junto con un servicio o producto accesorio distinto del seguro, como parte de un paquete o del mismo acuerdo, cuando dicha práctica sea perjudicial para los consumidores. Con respecto a los productos de inversión de seguros, los mencionados poderes son ejercidos por el IVASS y la CONSOB de acuerdo con las respectivas competencias.

- La evaluación de la adecuación (idoneidad) en el caso de la venta de productos de inversión de seguros (arts. 121-*septies*, apartados 1-3, *c.a.p.*, 9 y ss. reg. n. 2017/2359). La distribución de los productos de inversión de seguros está regulada por la IDD de manera similar a la de la MiFID II, pero no del todo coincidente. En caso de evaluar la idoneidad de los productos, antes mencionados, que se ofrecen a los clientes, el IDD también prevé una prueba específica para determinar esta idoneidad, que se llevará a cabo cuando se preste el asesoramiento.

En caso de venta de productos de inversión de seguros regulados por los arts. 30 IDD y 121-*septies c.a.p.*, cuando se realiza la asesoría, la empresa debe poder obtener del cliente información relativa a sus conocimientos y experiencia en el entorno de inversión pertinente al tipo específico de producto o servicio, su situación financiera, incluida su capacidad para soportar pérdidas y sus objetivos de

¹⁶ Esta regla no se aplica si un producto de seguro es accesorio a un servicio o actividad de inversión, tal como se define en el art. 5), apartado 1, *t.u.f.*, a un contrato de crédito, tal como se define en el art. 120-*quinquies*, apartado 1, let. *c, t.u.b.* o a una cuenta de pago, tal como se define en el art. 126-*decies t.u.b.*

¹⁷ En los casos a que se refieren los apartados 1 y 3 del art. 120-*quinquies, c.a.p.*, en relación con el objetivo de proteger a los asegurados, el IVASS, en lo que respecta a las actividades de distribución de seguros, podrá aplicar las medidas cautelares e interdictivas previstas en el presente código, incluida la facultad de prohibir la venta de un seguro junto con un servicio o producto accesorio distinto del seguro, como parte de un paquete o del mismo acuerdo, cuando dicha práctica sea perjudicial para los consumidores. En lo que respecta a los productos de inversión en seguros, estas facultades son ejercidas por el IVASS y la CONSOB de acuerdo con sus respectivas competencias (art. 120-*quinquies*, apartado 5, *c.a.p.*).

inversión, incluida su tolerancia al riesgo, con el fin de aconsejar los productos de inversión en materia de seguros que le resulten adecuados y, en particular, que sean adecuados a su tolerancia al riesgo y a su capacidad para soportar pérdidas.

Si el intermediario de seguros o la empresa de seguros presta asesoramiento en materia de inversiones y recomienda un paquete de servicios o productos combinados de conformidad con el artículo 120-*quinquies c.a.p.*, todo el paquete recomendado debe cumplir los requisitos de adecuación expuestos anteriormente (art. 121-*septies*, apartado, 3 *c.a.p.*).

Cuando presta asesoramiento sobre el producto de inversión de seguros, el intermediario de seguros o la empresa de seguros proporcionará al titular del seguro, en un soporte duradero, antes de la celebración del contrato, una declaración de idoneidad en la que se indique la prestación del asesoramiento y la forma en que éste responde a las preferencias, objetivos y otras características del titular del seguro (arts. 121-*septies*, apartado 10, *c.a.p.*, 14 reg. n. 2017/2359).

Si el titular del seguro no proporciona la información anterior o no da suficiente información sobre sus conocimientos y experiencia, el intermediario de seguros o la empresa de seguros le informará de que esta circunstancia afecta a su capacidad de evaluar si el producto es adecuado para las necesidades de este (art. 121-*septies*, apartado 7, *c.a.p.*). Es interesante entender lo que sucede en tal caso. Una indicación procede del considerando 12, reg. n. 2017/2359: en los «casos en que no pueda realizarse un análisis de idoneidad por no poder obtenerse la información necesaria sobre la situación financiera del cliente y sus objetivos de inversión, dicho cliente, de conformidad con las normas de Derecho nacional aplicables, puede prestar su consentimiento a celebrar el contrato como una venta sin asesoramiento. No obstante, a fin de garantizar que el cliente tenga la experiencia y los conocimientos necesarios para comprender los riesgos que implica, debe exigirse un análisis de adecuación en situaciones de este tipo, a menos que se cumplan las condiciones establecidas en el artículo 30, apartado 3, de la Directiva (UE) 2016/97 ». Se puede por tanto proceder a la celebración del contrato, previa evaluación de la idoneidad, y esto incluso en el caso de un resultado negativo de la misma, ya que la legislación no prevé ninguna prohibición y no se puede deducir otra cosa del considerando anterior. En este punto, por lo tanto, existe una discrepancia significativa respecto a la normativa de los mercados financieros que pone en duda la legitimidad de la anterior prescripción: no está claro por qué en materia aseguradora la protección se reduce en comparación con la que se otorga en la misma situación del art. 54, § 8 reg. n. 2017/565, por el cual el intermediario financiero no recomienda los servicios de inversión o los instrumentos financieros, si la información a tal fin no vienen suministrada por parte del cliente.

El intermediario de seguros o la empresa de seguros deberá facilitar a los asegurados, en un soporte duradero, informes adecuados sobre los servicios prestados, incluidos informes periódicos, teniendo en cuenta el tipo y la complejidad de los productos de inversión de seguros y la naturaleza del servicio prestado e incluyendo, en su caso, los costes de las operaciones y servicios prestados en nombre de los asegurados (art. 121-*septies*, apartado 9, *c.a.p.*).

Esta evaluación se requiere incluso si *ex art.* 20 IDD el distribuidor tiene la obligación de evaluar de todos modos las exigencias del cliente en relación con todos los productos de seguros. Esta evaluación es necesaria en lo que se refiere a las necesidades de seguro del cliente, mientras que la evaluación de la adecuación afecta a los aspectos financieros del producto en relación con el perfil de este último. De hecho, antes de la conclusión de un contrato de seguro, el distribuidor de productos de seguro debe especificar, sobre la base de la información obtenida del cliente, «las peticiones y las necesidades» de dicho cliente y a proporcionarle información objetiva sobre el producto de seguro de forma comprensible a fin de permitirle tomar una decisión informada. Parece tratarse de una forma reducida de evaluación de la adecuación, que en todo caso supone una mayor protección para los clientes respecto a la otorgada en el ámbito de los servicios de inversión: de hecho, en este último sector no se prevé una evaluación similar, lo que no puede sino suscitar algunas dudas sobre la legitimidad de esta elección por violación del principio de igualdad.

Por otra parte, en cambio, la disciplina que se establece ahora sobre la evaluación de la adecuación parece criticable, si se compara con aquella correspondiente dictada por los mercados financieros, ya

que no indica que sucede si esta evaluación es negativa. Al contrario, si la operación no resulta adecuada, no podrá ser ejecutada por el intermediario financiero, aunque el cliente autorice expresamente la inversión o repita la orden o la instrucción relativa a la operación. Esto se debe a la normativa de la evaluación de la adecuación es obligatoria debido a su importancia para la protección de los inversores. Esta solución está expresamente prevista en el art. 54, § 10, reg. n. 2017/565: «Cuando presta un servicio de asesoramiento en materia de inversión o gestión de carteras, una empresa de inversión no recomienda ni decide negociar si ninguno de los servicios o instrumentos es idóneo para el cliente»¹⁸. Esta diferencia de trato plantea dudas de legitimidad de las normas establecidas por el reg. n. 40/2018, ya que esta normativa, por otra parte, más reciente que la otra, debilita de modo relevante la protección del cliente en ausencia de una clara justificación de la diferencia de trato.

- La evaluación de la conveniencia (adecuación) en el caso de la venta de productos de inversión de seguros (arts. 121-*septies*, apartados 4-7, *c.a.p.*, 15 reg. n. 2017/2359). El intermediario de seguros o la empresa de seguros, en relación con las ventas que no impliquen asesoramiento, solicita al contratante información sobre sus conocimientos y experiencia en el ámbito de las inversiones en relación con el tipo específico de producto o servicio propuesto o solicitado, a fin de que el intermediario de seguros o la empresa de seguros pueda determinar si el servicio o producto de seguro en cuestión es apropiado para el propio contratante¹⁹.

Si el intermediario de seguros o la empresa de seguros distribuye un paquete de servicios o productos combinados de conformidad con el art. 120-*quinquies c.a.p.* se asegurará de que todo el paquete sea apropiado en su conjunto.

El intermediario de seguros o la empresa de seguros informará al titular de la póliza si considera, sobre la base de la información obtenida, que el producto no es apropiado para el propio contratante. El intermediario de seguros o la empresa de seguros informan también al cliente, de acuerdo con la evaluación a la que se refiere el art. 30-*decies c.a.p.*, del grupo de clientes a los que no se puede distribuir el producto (art. 121-*septies*, apartado 6, *c.a.p.*). También en este caso parece deducirse que esto no obstaculiza la conclusión del contrato, en analogía con lo que está sucediendo en materia de mercados financieros²⁰.

Si el titular del seguro no proporciona la información anterior o da información insuficiente sobre sus conocimientos y experiencia, el intermediario de seguros o la empresa de seguros le informará de que esta circunstancia afecta a su capacidad de evaluar si el producto es adecuado para las necesidades del propio contratante (art. 121-*septies*, apartado 7, *c.a.p.*). Incluso en este caso parece deducirse que esto no obstaculiza la conclusión del contrato.

El intermediario de seguros o la empresa de seguros deberá facilitar a los asegurados, en un soporte duradero, informes adecuados sobre los servicios prestados, incluidos informes periódicos, teniendo en cuenta el tipo y la complejidad de los productos de inversión de seguros y la naturaleza del servicio prestado e incluyendo, en su caso, los costes de las operaciones y servicios prestados en nombre de los asegurados (art. 121-*septies*, apartado 9, *c.a.p.*).

Sobre esta valoración deben estar las críticas ya formuladas con anterioridad a la correspondiente disciplina analizada en materia de servicios de inversión que ya indican la falta relevancia y de idoneidad para ofrecer una protección suficiente al cliente.

- La venta con modalidad de mera ejecución (art. 16 reg. n. 2017/2359). Además, el art. 30, § 3, IDD prevé la posibilidad de que los Estados miembros introduzcan un régimen de distribución simplificado para todos los operadores que refleje el servicio otorgado con modalidad *execution only* de la intermediación financiera, previsto en la MiFID II. En consecuencia, los distribuidores pueden

¹⁸ La legislación anterior no contenía esta prohibición, que, sin embargo, se dedujo por vía de interpretación (cfr. F. ANNUNZIATA, *La disciplina del mercato mobiliare*, 9 ed., Torino, 2017, p. 148).

¹⁹ En este punto hay por lo tanto una analogía entre el art. 30 IDD y el art. 25 MiFID II para la evaluación de la idoneidad, OSSERVATORIO BANCARIO E FINANZIARIO IN EUROPA, *Profili giuridici della distribuzione assicurativa: la Direttiva (UE) 2016/97*, en www.contabilita-pubblica.it.

²⁰ L. DI NELLA, *Lineamenti della nuova disciplina dei mercati finanziari (MiFID 2 e MIFIR)*, cit., p. 555.

exonerarse a la carga de exigir información sobre los conocimientos y la experiencia de los clientes en los casos previstos en la MiFID II, es decir:

- los productos tienen como base instrumentos financieros no complejos;
- la distribución se hace por iniciativa del cliente;
- se informa al cliente de que el intermediario o la empresa no estarán obligados a evaluar la idoneidad del producto, disfrutando así de menores garantías;
- el intermediario o la empresa ha cumplido sus obligaciones en lo que respecta a la gestión de los conflictos de intereses.

También a esta modalidad de distribución deben extenderse las críticas ya formuladas con anterioridad a la correspondiente normativa analizada en materia de servicios de inversión. Cabe señalar también que esta modalidad de distribución puede ser transpuesto por los Estados Miembros: para los mercados financieros, sin embargo, la transposición era obligatoria. Aquí también ha habido una evolución, aunque no definitiva, de la protección.

- Conflictos de intereses (art. 119-bis c.a.p.). El distribuidor debe tomar medidas organizativas y administrativas para evitar que los conflictos de intereses afecten negativamente a los clientes. Por lo tanto, los distribuidores (art. 119-bis, apartado 6 c.a.p.):

a) mantener y aplicar controles organizativos y administrativos eficaces a fin de adoptar todas las medidas razonables para garantizar que los conflictos de intereses con arreglo a la sucesiva letra b) no afecten negativamente a los intereses de los contratantes: los controles organizativos serán proporcionales a las actividades realizadas, los productos de seguro vendidos y el tipo de distribuidor;

b) adoptar medidas idóneas para identificar los conflictos de intereses que podrían surgir entre ellos, incluidos los directivos y los empleados, o cualquier persona directa o indirectamente controlada, y sus clientes o entre dos clientes al momento de la prestación de cualquier actividad de distribución de seguros.

Cuando las disposiciones organizativas o administrativas adoptadas para gestionar los conflictos de intereses no puedan eliminar el conflicto, el distribuidor debe informar claramente a los clientes (*disclosure*). En este caso, antes de firmar la propuesta o, si no está previsto, antes de celebrar el contrato, el distribuidor debe proporcionar al cliente la información relativa a las posibles situaciones de conflicto de intereses (art. 119-bis, apartado 7, c.a.p.). Aquí también hay una diferencia con la correspondiente disciplina de los mercados financieros. En virtud del art. 34, § 4, reg. n. 2017/565 las empresas de inversión velarán por que la comunicación con los clientes sea de acuerdo con el art. 23, § 2, de la Directiva 2014/65/UE, se toma como una medida extrema que sólo se utilizará cuando las disposiciones organizativas y administrativas efectivas para prevenir o gestionar los conflictos de intereses no sean suficientes para garantizar, con una certeza razonable, que se evite el riesgo de daño a los intereses del cliente. Por lo tanto, en la distribución de seguros hay un avance en la protección con respecto a la que ofrecen las regulaciones de los mercados financieros, ya que en el primero la obligación de comunicación se activa cuando hay situaciones de conflicto, aunque sólo sea potencial, mientras que, en la otra, la obligación de *disclosure* se activa cuando la situación de conflicto es actual. La diferencia del nivel de protección parece entonces importante.

De conformidad con el art. 55, apartado 3, reg. n. 40/2018, en cualquier caso, los distribuidores, en función de la actividad realizada y el tipo de contratos ofrecidos:

a) proponer contratos y sugerir modificaciones contractuales u otras operaciones en interés de los contratantes en las mejores condiciones posibles en lo que respecta al momento, la magnitud y la naturaleza de los contratos y las operaciones;

b) trabajar para contener los costes a cargo de los contratantes y lograr el mejor resultado posible en relación con los objetivos del seguro;

c) abstenerse de proponer cambios contractuales y sugerir operaciones con una frecuencia que no sea necesaria para alcanzar los objetivos del seguro;

d) abstenerse de todo comportamiento que pueda beneficiar a algunos clientes en detrimento de otros;

e) evitar la adopción de prácticas y disposiciones en materia de compensación que sean contrarias al deber de actuar en el mejor interés de los contratantes, de conformidad con lo dispuesto en el art. 119-bis, apartados 4 y 5 *c.a.p.*

Estas previsiones también marcan una mayor protección de los clientes que la prevista en la normativa de los mercados financieros.

- Remuneración de las redes de distribución (arts. 119-bis, 120-bis, 120-ter *c.a.p.*). La normativa de la remuneración entra dentro de la disciplina del conflicto de intereses. El distribuidor no utiliza prácticas remunerativas que lo induzcan a él mismo y/o a sus empleados/colaboradores a recomendar al cliente un producto de seguro en lugar de otro. Así pues, se prohíbe al distribuidor recibir una remuneración que pueda inducirle a infringir su obligación de actuar con corrección en el mejor interés de sus clientes (art. 119-bis, apartado 4, *c.a.p.*).

Además, se han introducido los siguientes requisitos mínimos de *disclosure* por parte de los distribuidores:

- naturaleza de la comisión recibida (por ejemplo, comisión como porcentaje del valor de la prima, comisión variable en función del volumen de facturación);
- importe de la comisión en el caso de la compensación pagada directamente por el cliente (por ejemplo, en el caso de la distribución a través de *brokers*);
- importe de las comisiones pagadas por la empresa por la colocación de pólizas de r.c. de vehículos y pólizas combinadas con financiación (las llamadas pólizas PPI, *Payment Protection Insurance*).

8. Las normas regulan otros aspectos importantes: el órgano de registro de los intermediarios de seguros, un sistema alternativo de solución de controversias y el procedimiento sancionador.

En primer lugar, se crea el «*Organismo per la registrazione per la registrazione degli intermediari assicurativi, anche a titolo accessorio, e riassicurativi*» (art. 108-bis *c.a.p.*): el nuevo sistema permitirá racionalizar la actividad de registro de los intermediarios y aumentar los recursos a disposición del IVASS para una actividad de supervisión selectiva y eficaz.

Además, se prevé el Arbitraje de Seguros: se activa así un sistema complementario de resolución alternativa de controversias además del ABF (Banco de Italia) y el ACF (CONSOB).

El Reglamento n. 39/2018 modernizó el procedimiento sancionador, definiendo entre otras cosas el sistema de aplicación de las sanciones administrativas a las empresas e intermediarios en base a los siguientes puntos:

- aplicación de sanciones de una cuantía apropiada y proporcional al volumen de facturación;
- introducción de medios alternativos a las sanciones (orden de cesación del comportamiento ilegítimo);
- definición de los criterios para determinar la importancia de la infracción;
- detección unitaria de más infracciones del mismo tipo.

9. La violación de las normas de distribución de los productos de seguros y de la POG es fuente de diversas consecuencias del ámbito del Derecho Civil para el intermediario. Al respecto pueden seguramente configurarse varias hipótesis, de las cuales a continuación vienen a exponerse brevemente las principales debido a la economía de este trabajo, ya que el tema es muy amplio y no puede ser tratado en profundidad aquí.

a) En lo que respecta al incumplimiento de las obligaciones de información, estas adquieren mayor importancia en relación con los productos complejos, como también se expone en la *Opinion* del ESMA y se recomienda por la CONSOB, como se ha explicado anteriormente. Como en su momento la MiFID, también la MiFID II calla al respecto. La legislación italiana de transposición no incluye requisitos sobre este punto²¹. Por lo tanto, la cuestión debe enmarcarse en el conocido debate sobre si el incumplimiento de las normas de conducta afecta a la validez del contrato y, en particular, si

²¹ Por otra parte, hay que recordar que el legislador interno ha hecho recaer sobre los sujetos habitados la carga de la prueba de haber actuado con la diligencia específica exigida en los juicios de indemnización de los daños causados al cliente en la prestación de los servicios (art. 23, apartado 6, *t.u.f.*).

dicho incumplimiento conduce a la nulidad. En este punto, en resumen, se considera que la violación de las normas de información debe ser sancionada con la nulidad del contrato, sobre todo en caso de distribución ilícita de productos de seguros²².

b) En cuanto al contrato como acto, se parte de la consideración de que el intermediario debe proponer instrumentos de inversión que sean coherentes con su propio *target* de clientela y, sobre todo, que satisfagan realmente sus necesidades de inversión. Esto a fin de evitar la repetición de casos flagrantes de oferta al público de productos concebidos en el interés exclusivo, o al menos predominante, del emisor. A este respecto, debe hacerse referencia a la jurisprudencia que ha calificado el contrato "4 You". El mencionado producto no se consideró digno de protección y, por lo tanto, nulo en virtud del artículo 1322 c.c. por el evidente desequilibrio contractual en el contenido. Frente a los ingresos ciertos de la banca durante toda la duración del contrato, se constató que existían ingresos completamente aleatorios para el contratante consumidor, así como ciertos costes para el mismo, en ausencia de cualquier coste para el banco²³. Por lo tanto, este caso puede abrir una reflexión sobre la evaluación del producto de seguro mixto en términos de *meritevolezza* de protección que puede conducir a resultados inesperados.

c) Desde la perspectiva del principio de transparencia, es interesante el hecho de que la complejidad del producto mixto puede en algunos casos repercutir en la "oscuridad" del mismo. Si el cliente es un consumidor, entra en juego el art. 34, apartado 2, *cod. cons.* En primer lugar, cabe señalar que la norma anterior puede referirse a cláusulas de distinto tipo y que por diferentes razones pueden tener que ver con el objeto del contrato o con la relación entre sus servicios principales. Es entonces oportuno dividir en dos categorías los diferentes tipos de cláusulas según su relación con la estructura económica del contrato²⁴.

Las cláusulas accesorias relativas al contenido económico del contrato comprenden aquellas cláusulas que, si bien se refieren al objeto del contrato y a la relación entre las prestaciones, afectan directamente, modificándola, a la situación jurídica de las partes. Tales son aquellas dirigidas de manera engañosa ahora a disminuir la prestación prometida por el empresario, ahora a ampliar aquella a cargo del consumidor, especialmente en forma de aumento del precio, o a reducir la prestación que corresponde al consumidor. En estos casos es necesario considerar el diseño global de la normativa en cuestión, para lo cual la oscuridad relativa a estas cláusulas debe resolverse teniendo en cuenta la *ratio* conservadora de favorecer la solución que permita que el contrato sobreviva respecto a aquella que lo haría caer. Para estas cláusulas se dan una serie de posibilidades, dependiendo de cómo se configure la falta de transparencia y de cómo se entienda la exención del control de *vessatorietà* establecida el art. 34, apartado 2, primera parte, *cod. cons.* (cuanto más amplia se conciba la exención, más amplio será la operatividad del principio de transparencia y viceversa):

- si la falta de transparencia se presenta en forma de ininteligibilidad, tales cláusulas serán seguramente nulas;

- si la falta de transparencia se configura como ambigüedad del significado de estas cláusulas y se considera que están sujetas a control (concepción estricta de la exención), estas cláusulas caerán dentro del normal juicio de *vessatorietà* que se ejerce a través de las listas y la cláusula general con posible nulidad;

- si la falta de transparencia se configura como ambigüedad del significado de estas cláusulas y se considera que deben ser retiradas del control en virtud del art. 34, apartado 2, primera parte, *cod. cons.* (concepción amplia de la exención), entonces operaría de pleno derecho la reserva del art. 34,

²² Sobre este punto, permítase referirse a L. DI NELLA, *Le regole comportamentali nella distribuzione di prodotti finanziari complessi*, cit., p. 151 ss., y a la bibliografía que contiene.

²³ Trib. Napoli, 22 de enero de 2013, en *BBTC*, 2013, 2, pág. 555 y ss., con comentario de G. BERTI DE MARINIS, *L'“incostituzionalità” del contratto immeritevole*; Trib. Milano, sección sexta civil, 31 de mayo de 2013, n. 7952; cfr. Trib. Milano, sección sexta civil., 31 de mayo de 2013, n. 7767.

²⁴ Sobre este punto, todavía vigentes y fundamentales las reflexiones V. RIZZO, *Trasparenza e «contratti del consumatore» (la novella al codice civile)*, Napoli, 1997, p. 103 ss., sobre las cuales se inspira lo anteriormente expuesto en el texto.

apartado 2, segunda parte, *cod. cons.* con la reapertura del juicio de *vessatorietà* y la posible caída de la cláusula.

En estas hipótesis, la eventual ineficacia de la cláusula puede no tocar el núcleo esencial de la operación, sino sólo sus aspectos colaterales. Así pues, no hay problemas para la supervivencia del contrato, ya que se restablecen en todo caso las normas derogadas de las cláusulas, o se mejora la posición del consumidor en caso de caída de la cláusula sin sustitución. Si, por el contrario, afectan de manera significativa al contenido económico del contrato, éste se verá privado de eficacia inevitablemente.

Las cláusulas que afectan al contenido económico del contrato comprenden las que perfilan directamente el núcleo esencial de la transacción (el servicio adquirido y su precio). La hipótesis de su falta de transparencia debe ser excepcional, tanto porque es poco probable que se celebre un contrato en el que los extremos esenciales no estén claros, como porque por regla general son objeto de un acuerdo individual y, sobre todo, están sujetos al principio de la formación de precios competitivos y, por lo tanto, están fuera de control. Sin embargo, allí donde esto se verifique, deben identificarse las consecuencias, distinguiendo las diversas hipótesis:

- si estas cláusulas son absolutamente ininteligibles, no parece haber otra posibilidad que considerarlas nulas, haciendo caer a todo el contrato, según algunos por falta de consentimiento de las partes, según otros por la indeterminación del objeto;

- si la falta de transparencia de tales cláusulas sugiere una pluralidad de significados, entonces opera la regla del art. 34, apartado 2, segunda parte, *cod. cons.*, que reabre la posibilidad del juicio de *vessatorietà* con estos posibles resultados:

1) se puede declarar nula la cláusula y determinar así la ineficacia del contrato;

2) se podrá dar preferencia a la interpretación más favorable para el consumidor con el fin de salvar el contrato, siempre que ello redunde en su interés;

3) la cláusula puede ser declarada nula y sustituida por formas de integración del contrato, es decir, deduciendo de ella elementos útiles para sustituir el contenido económico de la operación.

d) en el plano de la comunicación comercial de los productos de seguros, la publicidad debe ser siempre apropiada, transparente, veraz y correcta, de acuerdo con lo establecido por todas las fuentes normativas nacionales y europeas en materia de consumidores y de mercados financieros. Clara es la aplicación de las normas sobre prácticas comerciales desleales²⁵, la misma también a las «microempresas». (art. 18, apartado 1, let. *d-bis*, *cod. cons.*)²⁶.

En el caso de la comunicación comercial relativa a productos complejos con falta de transparencia, falsa o incorrecta o, más en general, de prácticas de distribución engañosas, hay que preguntarse qué sucede en cuanto a los remedios. En primer lugar, cabe señalar que la publicidad de los productos de seguro a los mencionados sujetos tutelados es muy complicada por la dificultad de armonizar la naturaleza misma de los productos con las estrictas prescripciones destinadas a garantizar la

²⁵ Esto debe considerarse pacífico. En lo que respecta a los servicios financieros contemplados en la Directiva 2002/65/CE relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores y al sector de los bienes inmuebles, el artículo 3, § 9, de la Directiva 2005/29/CE relativa a las prácticas comerciales desleales permite a los Estados miembros imponer obligaciones más detalladas o vinculantes que las establecidas en la Directiva en cuestión. A este respecto, permítase remitir a L. DI NELLA, *Profili della nuova disciplina dei mercati finanziari*, in ID. (a cura di), *La tutela del consumatore di servizi finanziari. Applicazioni giurisprudenziali e attuazione delle direttive MIFID*, Napoli, 2007, p. 193 ss., en particular, p. 199 ss.

²⁶ El art. 7, apartado 1 y 2, d.l. n. 1 del 2012, convertido con modificaciones por la l. n. 27 de 2012, modificaron el art. 18, apartado 1, y 19, apartado 1, *cod. cons.*, añadiendo la protección de las microempresas contra las prácticas comerciales engañosas y agresivas. Por lo tanto, la normativa en cuestión se aplica también a las prácticas comerciales desleales entre profesionales y microempresas, con la aclaración de que para estas últimas la protección de la publicidad engañosa y la publicidad comparativa ilícita está garantizada exclusivamente por el d. lgs. n. 145 de 2007. Las «microempresas» se definen como «entidades, sociedades o asociaciones, que, independientemente de su forma jurídica, ejercen una actividad económica, incluso a título individual o familiar, que emplean a menos de diez personas y cuyo volumen de negocios anual o balance general anual no supera los dos millones de euros, en el sentido del art. 2, § 3, del anexo de la Recomendación 2003/361/CE de la Comisión, de 6 de mayo de 2003» (art. 18, apartado 1, letra *d-bis*, *cod. cons.*).

corrección de las prácticas, lo que aumenta considerablemente el riesgo de que sean injustas. En cualquier caso, la elección de los remedios parece depender del tipo de disciplina que se considere aplicar. Sobre la base del sistema del derecho del consumidor y, en particular, de la disciplina de la acción colectiva, que prevé en abstracto la indemnización y la restitución, se podría considerar que la formación de un consentimiento inconsciente e indebidamente condicionado podría determinar la nulidad del contrato celebrado en virtud en virtud una práctica incorrecta, superando también en este caso la distinción entre la norma de validez y normas de conducta²⁷.

e) La normativa dispone que las empresas que creen productos de seguros deben controlar que estos sean distribuidos al correspondiente *target* de clientes finales, mientras que la empresa distribuidora debe ofrecerlos o recomendarlos sólo cuando sea en interés de estos últimos, teniendo siempre en cuenta el mercado de referencia.

De estas disposiciones se extraen dos normas distintas. La primera prohíbe la venta de productos de seguros fuera del mercado de referencia; la segunda exige que dichos productos se vendan dentro de dicho mercado, solamente si los mismos corresponden a los intereses del cliente. Otras hipótesis de patologías que por lo tanto se plantean, son las de la distribución del producto a clientes ajenos al *target de referencia* identificado en sede de *design* del mismo, y la de su venta no en interés del cliente.

La primera norma impide la comercialización de los productos de seguros fuera del tipo de cliente para el que fueron creados. El supuesto parece recordar la imposibilidad jurídica relativa del objeto del contrato, ya que la ley excluye a tales productos de ser punto de referencia para determinados actos subjetivos: estos no pueden ser cedidos a clientes distintos de los de referencia identificados por su creador²⁸. Por lo tanto, si un producto de seguro es vendido con infracción de la prohibición mencionada, parece posible afirmar que se deriva la nulidad del contrato en virtud de los arts. 1325, n. 3, 1346 y 1418, apartado 2, *cod. civ.*

La segunda norma, que exige a las empresas de inversión que vendan sólo si el producto es conforme a los intereses del cliente, parece contener una prohibición de venta que se justifica por la falta de ese interés. En tal caso, el contrato parece ser nulo por infracción de las normas imperativas de conformidad *ex art.* 1418, apartado 1, *cod. civ.*

f) Las normas sobre *governance de* productos también incluyen la obligación de las empresas de vigilar y examinar constantemente el producto creado para evaluar a lo largo del tiempo su continua idoneidad con respecto al cliente de referencia. Esta disposición contempla la posibilidad de que el producto de seguro, inicialmente adecuado con respecto a un determinado *target*, pueda en su evolución y operatividad práctica devenir posteriormente inadecuado por las más diversas razones. La disciplina parece evocar la posibilidad de que la propia empresa intervenga y "retire" el producto

²⁷ A este respecto, sírvase consultar a L. DI NELLA, *Il sistema delle tutele e dei rimedi nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in *Studi in onore di G. Cian*, I, Padova, 2010, p. 833 ss.

²⁸ Cfr. sobre la imposibilidad jurídica, P. PERLINGIERI y F. CRISCUOLO, *Oggetto*, en P. PERLINGIERI (dir.), *Manuale di diritto civile*, 7 ed., Napoli, 2014, p. 499: «L'impossibilità può riguardare anche la dimensione giuridica dell'atto [...] Essa si distingue in impossibilità giuridica assoluta, qualora l'oggetto è inidoneo ad essere punto di riferimento di qualsivoglia negozio, e in impossibilità giuridica relativa, qualora l'inattitudine dell'oggetto si riferisce soltanto ad alcune operazioni negoziali [...] Si discorre di impossibilità giuridica relativa in presenza di cose relativamente incommerciabili». En la jurisprudencia, según la opinión mayoritaria, la imposibilidad jurídica se tiene en cuenta como inviabilidad en el plano jurídico de la operación de negociación: para todas ellas, v. Cass., 10 de agosto de 2002, n. 12142, en *Giust. Civ.*, 2002, I, p. 3073 y ss. Críticamente sobre la categoría del objeto jurídicamente imposible, v. F. DI MARZIO, *La nullità del contratto*, 2 ed., Padova, 2008, p. 341 ss., según el cual «l'oggetto che non è giuridicamente possibile pur non essendo materialmente impossibile o pur essendo, altrimenti considerato (e dunque non come oggetto), figura giuridica ammessa, è un oggetto non inesistente e non insuscettibile di essere, ma, molto diversamente, un oggetto giuridicamente non autorizzato illecito» (en este sentido, ya U. SALVESTRONI, *Incommerciabilità dei beni e autonomia negoziale*, en *Riv. dir. comm.*, 1988, p. 500). A este respecto, véase V. ROPPO, *Il contratto*, 2 ed., Milano, 2011, p. 326 ss., para el cual la distinción entre la ilicitud e imposibilidad jurídica del objeto es en general clara, aunque se mantengan supuestos inciertos: sin embargo, la cuestión pierde significado práctico, ya que la consecuencia es siempre la nulidad del contrato, «aunque la nulidad por ilicitud pueda tener, en algunos aspectos limitados, un régimen distinto del de la nulidad por imposibilidad» (así también F. BENATTI, *L'oggetto e l'integrazione del contratto*, en A. GAMBARO y U. MORELLO, *Lezioni di diritto civile*, 2 ed., Milano, 2013, p. 281).

del mercado, tal vez regulando esta hipótesis *ex ante* en la POG e introduciendo alguna medida para proteger a los clientes²⁹.

Cuando esto no suceda, de acuerdo con cuanto escrito *sub* parecería poder abrir la vía para la aplicación de la resolución del contrato por la imposibilidad sobrevenida de la prestación no imputable a las partes (art. 1463 *cod. civ.*)³⁰, con la consiguiente obligación de restituir al cliente las sumas recibidas por la empresa de inversión según las normas de lo indebido.

²⁹ En este punto, es útil hacer una comparación con la normativa similar dictada para los productos bancarios. Con la novedad de la Sección XI de la disposición de 29 de julio de 2009 sobre “*Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari. Correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti*”, la Banca de Italia ha aplicado las directrices de la EBA en materia de *governance* de los productos de la banca minorista (EBA, *Orientamenti sui dispositivi di governance e di controllo sui prodotti bancari al dettaglio*, cit). De conformidad con el art. 1-bis.1 de la sección XI, los procedimientos internos deben garantizar que, durante las fases de desarrollo y oferta de los productos y a lo largo de todo el ciclo de vida de los propios productos, los intermediarios tengan en cuenta los siguientes aspectos: *i*) los intereses, objetivos y características de los clientes; *ii*) los riesgos típicos de los productos que puedan ser perjudiciales para los clientes; *iii*) los posibles conflictos de intereses, a fin de facilitar su vigilancia y, cuando sea posible, su contención. Con este fin, los procedimientos incluyen instrumentos, incluidas, en su caso, herramientas informáticas, para: a) identificar y, en su caso, actualizar: *i*) las clases de clientes para las que un producto determinado es elaborado (el denominado mercado de referencia o *target market*); *ii*) las clases de clientes para las que el producto se considera inadecuado; b) desarrollar y ofrecer productos que, por sus características, costes y riesgos, sean adecuados, coherentes y útiles con respecto a los intereses, objetivos, características y grado de capacidad financiera y alfabetización financiera propia del mercado de referencia; c) garantizar que el personal que participe en el desarrollo de los productos tenga un conocimiento adecuado y actualizado de la legislación aplicable, los procedimientos adoptados sobre la base de la sección XI, de las características y de los riesgos de los productos bancarios y financieros. En la realización de las actividades previstas en los apartados *a*) y *b*), los intermediarios deben, entre otras cosas, velar por que, a lo largo del ciclo de vida de los productos, los intereses, objetivos y características de los clientes sean constantemente tenidos en cuenta (vigilancia); cuando se determine que un producto es inapropiado en relación con el *target market*, los intermediarios adoptarán medidas correctivas apropiadas y eficaces, «incluida la revisión del producto o su retirada del mercado». Por consiguiente, en esta disciplina se prescribe expresamente qué hacer en caso de inadecuación sobrevenida del producto: la adopción de medidas correctivas, incluida la revisión o la retirada.

³⁰ Otra es la resolución por causa imputable: según M. BIANCA, *Diritto civile*, 5, *La responsabilità*, 2 ed., Milano, 2012, la «*risoluzione per inadempimento imputabile al debitore è infatti un rimedio contro l'inadempimento, che comporta l'obbligo del risarcimento del danno*» (p. 400), así como la «*impossibilità imputabile al creditore costituisce [...] un'ipotesi di inadempimento assimilabile all'inadempimento del debitore e dà luogo all'applicazione della disciplina della risoluzione del contratto per inadempimento con conseguente obbligo del risarcimento del danno*». (p. 401).