

Coordinador:

**Pablo Muelas García**

Socio. Grupo de Seguros de Gómez-Acebo & Pombo

marzo 2017

N.º 9



## Sumario

---

▶ Introducción . . . . .	2
— Empresa familiar aseguradora . . . . .	2
▶ Análisis normativo . . . . .	4
— Año nuevo, obligaciones nuevas (en el sector asegurador) . . . . .	4
— Financiación de la dependencia, seguro privado de dependencia y planes de pensiones de empresas . . . . .	6
— Cambios destacables en la tramitación de la futura Ley de Distribución de Seguros y Reaseguros . . . . .	14
▶ Análisis jurisprudencial . . . . .	17
— La falta de resolución del juez sobre la suficiencia de la consignación justifica la inaplicación de los intereses moratorios del artículo 20.8 de la Ley de Contrato de Seguro . . . . .	17
— Acción de repetición del asegurador de la responsabilidad civil de un vehículo de motor contra el asegurador de la responsabilidad civil de la empresa propietaria de aquél . . . . .	18
— Competencia para el conocimiento de la acción derivada del artículo 43 de la Ley de Contrato de Seguro . . . . .	19
▶ Análisis operacional . . . . .	20
— Aspectos prácticos de los seguros de <i>representations and warranties</i> . . . . .	20
— La distribución de productos financieros en forma de seguros . . . . .	29
▶ Forum GA&P. . . . .	34
— Conectividad del vehículo y seguro desafíos en la industria del automóvil . . . . .	34



## Introducción

### Empresa familiar aseguradora

Este título, para algunos quizá antitético, pretende ser un homenaje a las empresas españolas del sector que desafían en estos tiempos de Solvencia II la lógica del discurso dominante.

Detrás de un accionariado mayoritariamente vinculado a un apellido se esconden realidades muy diversas, desde empresas internacionales y cotizadas hasta aseguradoras de pequeño y mediano tamaño que limitan su ámbito de actividad a zonas geográficas, ramos o canales muy concretos. Me referiré principalmente a estas últimas.

Con un parque asegurador que se aproxima a las doscientas cuarenta fichas, existe el riesgo de denostar las configuraciones de menor escala so pretexto de que no son eficientes ni pueden sobrevivir en un contexto regulatorio más complejo. Como todas las generalizaciones, este planteamiento no responde siempre a la realidad.

Frente a la ventaja asociada al cálculo de capital de solvencia obligatorio por modelos internos, los beneficios de diversificación, las economías de escala y las correlaciones entre riesgos —propios de grandes compañías aseguradoras—, las pequeñas y medianas empresas familiares sobreviven gracias a la fidelidad a sus principios. Esto, que parece un argumento de dialéctica comercial, se apoya en hechos incontestables que probablemente explican la subsistencia de estos peces pequeños.

Determinados productos aseguradores, incluso con la configuración anual renovable, nacen con una vocación de permanencia en el tiempo. Tanto es así, que seguros de vida o de decesos llegan a unir al asegurado con la compañía durante varias décadas. Esta fidelidad se fundamenta sobre algo más que la esperanza de recibir la prestación contratada cuando llegue el momento. La combinación de la regulación y la práctica supervisora van dirigidas a asegurar que las entidades sean solventes y, con ello, puedan cumplir los contratos de seguro. Siendo éste un aspecto esencial en la creación de la necesaria confianza en el sector y en la entidad, la apariencia de que una determinada compañía, en ese plazo tan prolongado, no va a perder su identidad, valores, cercanía ni el espíritu de los compromisos adquiridos es un intangible que sólo pueden aportar las empresas familiares.

Los elevados umbrales de capital que se exigen en la normativa española para acceder a la actividad aseguradora hacen cada vez más difícil la existencia de negocios con base accionarial familiar. Lo que tenemos, por tanto, son entidades veteranas cuya propia existencia da fe de una gestión capaz de haber superado el examen diario darwiniano y que plantean el cumplimiento de la normativa y la competencia para la cuenta de resultados. No sobreviven las más grandes, sino las que mejor y más rápidamente se adaptan a los cambios.

Las empresas familiares aseguradoras que tengo de referencia son un ejemplo de preparación ante la directiva Solvencia II, incluso antes de que determinadas tareas fueran obligatorias en la fase de preparación. No puede ocultarse que la aplicación de los tres pilares del nuevo



marco legal y sus «estribaciones» complica extraordinariamente la tarea de estos «quijotes» del seguro. Pero su función económico-social está fuera de toda duda. Buena prueba de ello es que el regulador, en la encrucijada que se planteó en la transposición de Solvencia II, no quiso prescindir de este tramo del sector y, en lugar de impulsar una decidida consolidación de éste —como sí fue necesario en otro tiempo—, prefirió abrir a estas entidades de menor tamaño un camino para su adaptación a los nuevos requerimientos.

El régimen especial de solvencia, por ejemplo —concebido para las entidades cuyos ingresos anuales por primas no excedan de 5 millones de euros ni sus provisiones, de 25 millones—, ofrece una versión simplificada para la valoración de las provisiones técnicas. Ésta es, como se sabe, una facilidad meramente formal, pues en términos cuantitativos no hay ningún tratamiento discriminatorio, en beneficio de la solvencia del sector.

La exención de presentar determinada información a efectos de supervisión, estadísticos y contables es una facultad de la que la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones puede hacer uso cuando, por ejemplo, el cumplimiento de esta obligación sea excesivamente gravosa de acuerdo con la naturaleza, tamaño y complejidad de los riesgos inherentes a la actividad de la entidad.

El principio de proporcionalidad que, según el preámbulo de la Ley de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras (LOSSEAR), graduará el establecimiento de requisitos y su complejidad atendiendo al perfil de riesgo de las entidades y, en particular, a la naturaleza, escala y complejidad de las operaciones de seguro o reaseguro efectuadas por las entidades, así como a los riesgos inherentes a su modelo de negocio, es otro mecanismo modulador pensado precisamente para esta otra realidad sectorial que representan las empresas de menor tamaño.

No puede dejar de citarse, como otra opción legal pensada para estas entidades, la externalización de las funciones y actividades. La delegación de la provisión de determinados servicios esenciales para el sistema de gobierno de la entidad es una salida necesaria para que ciertas entidades no se vean abocadas a redirigir sus efectivos del negocio al cumplimiento normativo.

Los gerentes de las empresas familiares participan en el sector asegurador desde un especial compromiso de continuidad, no exento de ciertas dosis adicionales de autoexigencia, con el que aspiran a cumplir su vocación de ser fieles a su propia historia. Para un negocio que se fundamenta en la confianza de recibir, en algunos casos, una prestación muchos años después de haber pagado su precio, los perfiles propios de las empresas familiares son un activo digno de reconocimiento y protección.

*Pablo Muelas García*



## Análisis normativo

### Año nuevo, obligaciones nuevas (en el sector asegurador)

No queda tan lejos en la memoria la avalancha de novedades regulatorias que el 2016 trajo de la mano. Frente a aquello, este año nuevo se presenta menos amenazante, pero no por ello del todo exento de compromisos de nuevo cuño. No me refiero a la futura normativa de distribución de seguros, cuyo trámite administrativo y negociación parlamentaria consumirá, al menos, los próximos meses. Otros frentes más tangibles merecen toda nuestra atención en este 2017.

Como adelantábamos en el artículo «Solvencia II en los productos: directrices de gobernanza» (<http://www.gomezacebo-pombo.com/media/k2/attachments/boletin-de-seguros-n-7.pdf>), el 1 de diciembre se publicó en el *Boletín Oficial del Estado* la Resolución de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones de 18 de diciembre del 2016 por la que se publicaban y hacía suyas las directrices preparatorias relativas a los procedimientos de gobernanza y vigilancia de productos para las empresas de seguros y los distribuidores de seguros. Dejando de lado el debate sobre su obligatoriedad, esbozado en nuestro artículo previo, interesa destacar que estas directrices, ya vigentes, tienen como propósito servir de puente hasta que la Directiva (UE) 2016/97 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de enero del 2016, sobre la distribución de seguros, sea aplicable por medio de su normativa de transposición. Por lo anterior, y con independencia de la suerte del proceso de negociación de la regulación española derivada de la directiva cuyo plazo límite es el 23 de febrero del 2018, las entidades aseguradoras y los distribuidores de seguros deberán ya poner en marcha los procesos, funciones y estrategias internos para diseñar y comercializar productos, hacerles el seguimiento y revisarlos si fuera preciso. El órgano de administración, como sucede en el marco Solvencia II, será el responsable del debido cumplimiento de estas obligaciones.

El 23 de diciembre pasado se publicó en el *Diario Oficial de la Unión Europea* el reglamento que retrasaba un año la fecha de aplicación del llamado Reglamento PRIIPS [Reglamento (UE) núm. 1286/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de noviembre del 2014 sobre los documentos de datos fundamentales relativos a los productos de inversión minorista vinculados y los productos de inversión basados en seguros]. En efecto, tanto la excesiva premura con la que se debían introducir las muchas novedades que traían el reglamento y sus estándares técnicos de regulación (RTS) como la falta de consenso en aspectos técnicos abordados en este último hacían necesario una extensión de los plazos para permitir una suave transición y un alineamiento de criterio entre todos los reguladores. Aunque el cruce de cartas entre la Comisión Europea y las Autoridades Europeas de Supervisión (ESMA, EIOPA y EBA) para superar las objeciones puestas por el Parlamento Europeo a los estándares técnicos de regulación no permite ser demasiado optimista en cuanto a la prontitud de alcanzar un acuerdo sobre las modificaciones solicitadas, la fecha ya prorrogada de aplicación del Reglamento PRIIPS (el 1 de enero del 2018) exige poner en marcha cuanto antes la elaboración de los documentos de los datos fundamentales de los productos de inversión



basados en seguros. Sería imprudente, a mi juicio, esperar a que se aprueben definitivamente los estándares técnicos de regulación para acometer la tarea pendiente. Y ello porque, con la regulación ya aprobada y la parte no controvertida de los estándares, hay base suficiente como para comenzar de modo orientado la elaboración de los documentos de datos fundamentales, dejando para un momento posterior los tres aspectos sometidos a debate: los PRIIPS multiopción, las condiciones que activan la inclusión de un cuarto escenario y los criterios que faciliten el uso de una advertencia de comprensión. Aunque la experiencia de la directiva Solvencia II apunte en otra dirección, es difícil pensar que las obligaciones del Reglamento PRIIPS puedan posponerse nuevamente, por lo que deberíamos considerar el 1 de enero del 2018 como un horizonte estable de cumplimiento.

El documento de información sobre el producto de seguro (DIPS) aparece regulado en el artículo 20.8 de la Directiva sobre la distribución de seguros. Es el equivalente del documento de datos fundamentales del Reglamento PRIIPS, pero referido al seguro distinto del seguro de vida. En ambos casos se tratan de documentos breves, independientes, claros y precisos con los que se aspira a dar una mayor protección al cliente a través de la transparencia y comparabilidad. En la actualidad, la Autoridad Europea de Seguros y Pensiones de Jubilación (EIOPA) está trabajando en una regulación de segundo nivel con la que detallar las prescripciones de la directiva. Tanto el *consultation paper* que se distribuyó en agosto pasado como los documentos que al efecto ha producido *Insurance Europe* para promover un documento de información sobre el producto de seguro fácil de usar en entornos digitales hacen pensar que no habrá tanto debate sobre el fondo como en el caso de su equivalente en los PRIIPS. Sin embargo, la propia industria aseguradora alerta de que no habrá tanto tiempo para producir todos los documentos de información referidos desde que se apruebe el estándar técnico de implementación (ITS), previsiblemente en el primer semestre de este año, hasta que entre en vigor la norma de transposición de la Directiva de distribución el 23 de febrero del 2018. Una vez que se conozca el borrador de dicho estándar en febrero del 2017, habrá material suficiente como para preparar los documentos de información sobre el producto de seguro.

Los tres casos expuestos son tributarios de un contexto normativo protector de los consumidores y exigente para las entidades aseguradoras. Cada uno de ellos tiene un calendario de aplicación diferente, pero incluso los que están más alejados en el tiempo merecerían una consideración inmediata por parte de las entidades, no solamente porque estos procesos y documentos tienen un impacto favorable en su reputación ante los clientes, sino porque los cambios profundos y extensivos que requiere su implantación precisan de un tiempo de preparación tan amplio como sea posible. Si ese margen temporal que permite la suave adaptación que toda organización quiere para sí está condicionado a la disposición de un mínimo material regulatorio con el que trabajar, entonces el reloj de la implementación temprana ya se ha puesto en marcha.

*Pablo Muelas García*



## Financiación de la dependencia, seguro privado de dependencia y planes de pensiones de empresas

### 1. La configuración de un nuevo riesgo dentro del sistema de protección social español: la dependencia

1.1. La Ley de Contrato de Seguros (Ley 50/1980, de 8 de octubre, *BOE* de 17 de octubre) contiene una regulación específica sobre el seguro de dependencia. Por medio del artículo 106 *ter* (introducido por la disposición final 1.4 de la Ley 20/2015, de 14 de julio, *BOE* de 15 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras, precepto vigente desde el 1 de enero del 2016) se establece la obligación del asegurador, dentro de los límites establecidos en esta ley y en el contrato, al cumplimiento de la prestación convenida con la finalidad de atender, total o parcialmente, directa o indirectamente, las consecuencias perjudiciales para el asegurado que se deriven de la dependencia. Esta última se define como «el estado de carácter permanente en que se encuentran las personas que, por razones ligadas a la falta o a la pérdida de autonomía física, intelectual o sensorial, precisan de la atención de otra u otras personas o ayudas importantes para realizar actividades básicas de la vida diaria». En su reverso se halla el concepto de *autonomía* entendida como «la capacidad percibida de controlar, afrontar y tomar decisiones personales acerca de cómo vivir al día de acuerdo con las normas y preferencias propias».

En su día, la Ley de autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia (Ley 39/2006, de 14 de diciembre, *BOE* de 15 de diciembre, en adelante, «ley de dependencia») supuso un punto de inflexión en la protección social. Se dispone en ella una cobertura dirigida a toda persona que por razón de edad, discapacidad o enfermedad sufre una alteración en su autonomía física, psíquica, mental, intelectual o sensorial y precisa la ayuda de un tercero para realizar las actividades básicas de la vida diaria. Establece un derecho subjetivo, universal, de carácter público, con una atención integral e integrada que abarca medidas de prevención, rehabilitación y estímulo, que requiere el desarrollo en el entorno habitual de vida del dependiente y que garantiza la calidad, sostenibilidad y accesibilidad de los servicios con la colaboración de servicios sociales, sanitarios y, especialmente, con la participación de la familia o del entorno, con una financiación pública, pero con participación privada y con el apoyo decisivo y determinante de las comunidades autónomas.

Antepone la norma la promoción de la autonomía a la protección de la dependencia. Y, a diferencia de la incapacidad permanente, lo relevante en este nuevo riesgo no es tanto la incapacidad para el trabajo como la incapacidad para la supervivencia, por lo que no se trata tanto de una cobertura destinada a los trabajadores, sino a los ciudadanos. Por lo demás, el riesgo puede surgir en todo momento y no antes de los sesenta y cinco años, como ocurre con la invalidez, y, por otra parte, en esta última el cálculo de la pensión se efectúa sobre un porcentaje derivado del grado de



incapacidad y no sobre las necesidades reales del dependiente como hace la ley de dependencia.

En España se trata de un riesgo agudizado por el envejecimiento poblacional. Se prevé que la esperanza de vida para los hombres en el 2050 sea de 79,7 años y, para las mujeres, de 85,1 años. De hecho, entre 1950 y el 2000, la esperanza de vida se ha incrementado en veinte años. Hoy, aproximadamente el 92 % de las mujeres y el 80 % de los hombres alcanzan los sesenta y cinco años; las mujeres sobreviven a esta edad más de veinte años y los hombres más de dieciséis, llegando a alcanzar los noventa años de edad un total del 26 % de las mujeres y del 11 % de los hombres. Ya se conoce con la expresión «envejecimiento del envejecimiento» al aumento que va a experimentar el colectivo de población de ochenta o más años cuyo ritmo de crecimiento será muy superior al del grupo de sesenta y cinco o más en su conjunto, pues, no en vano, el 6,1 % de la población española tiene más de ochenta años.

- 1.2. Con este contexto como punto de partida, la Ley 39/2006 considera tres grados de dependencia: moderada o grado I —la persona dependiente necesita ayuda una vez al día para realizar actividades básicas—, severa o grado II —necesita ayuda dos o tres veces al día— o gran dependencia o grado III —necesita la presencia indispensable y continua de otra persona—. De hecho, para determinar el grado y el nivel de dependencia se establece un baremo (RD 174/2011, de 11 de febrero, *BOE* de 18 de febrero) que tendrá en cuenta los criterios objetivos de valoración del grado de autonomía de la persona, de su capacidad para realizar las distintas actividades de la vida diaria, los intervalos de puntuación para cada uno de los grados de dependencia, así como el protocolo con los procedimientos y técnicas para valorar las aptitudes observadas, en su caso.

Esta valoración será efectuada por las comunidades autónomas. En el dictamen que emitan deberán precisar los cuidados requeridos por los beneficiarios teniendo en cuenta las ayudas prescritas y el entorno en que vive el dependiente. De hecho, aunque se trata de un sistema público y común de valoración en todo el territorio nacional, será gestionado por las comunidades autónomas, con la experiencia ya demostrada por éstas en prestaciones como las no contributivas o en los servicios sociales. Su función no se limitará a baremar, sino que tendrán competencia exclusiva para reconocer el derecho a la prestación según la residencia del solicitante y con validez en todo el territorio nacional. Y, así, algunas diferencias en cuanto a la concesión o la gestión administrativas en las distintas comunidades han provocado no pocas reticencias en su aplicación. No obstante, para coordinar la intervención del Estado y de las comunidades autónomas se crea el Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia (SAAD), inserto en la estructura del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, mediante el cual se configura una red de utilización pública integrada por centros y servicios tanto públicos como privados que no alteran, en principio, su régimen jurídico de titularidad, administración o gestión como consecuencia de su pertenencia a dicho sistema.



## 2. Prestaciones de servicio y prestaciones económicas: la prioridad de los servicios sobre la aportación económica

2.1. La ley de dependencia opta por anteponer una prestación en especie —o de servicios— a una prestación económica —que tendrá carácter excepcional—. La prioridad por los servicios se deduce no sólo del texto de la norma («el beneficiario podrá, excepcionalmente, recibir una prestación económica»), sino del catálogo de servicios que aquélla recoge precisando la naturaleza y la finalidad de cada uno de ellos, así como su carácter «prioritario». Son servicios destinados, o bien a la promoción de la autonomía personal (teleasistencia, ayuda técnica para la autonomía personal, ayuda para la adaptación y accesibilidad de la vivienda y asistencia personalizada), o bien a la protección de la dependencia (ayuda a domicilio, atención a través de centros de día o de noche y atención permanente en residencias especializadas). A tal fin, el Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia integra una red de centros y servicios públicos o privados concertados tanto de las comunidades autónomas como de las entidades locales. Por su parte, los centros y servicios privados no concertados deberán disponer asimismo de la debida acreditación de la comunidad autónoma correspondiente.

Serán los servicios sociales de cada comunidad autónoma los que determinen, con la participación mediante la consulta y opinión del beneficiario y, en su caso, de su familia o entidades tutelares que le representen, un programa individual de atención. En él deberán especificarse las modalidades de intervención más adecuadas a sus necesidades teniendo en cuenta el grado y nivel de dependencia reconocido. A finales del año 2015, existía un total de 796 109 personas beneficiarias de la prestación por dependencia. Más de un millón de personas se hallaban, no obstante, evaluadas, de las cuales 349 795 se encontraban en un estado de gran dependencia (grado III), 449 360 con dependencia severa (grado II) y 381 280 con dependencia moderada (grado I). Ello significa que muchas de estas personas, pese a haber sido evaluadas, no habían obtenido aún el reconocimiento de una prestación.

2.2. En atención a lo expuesto, la prestación económica será excepcional y sólo se percibirá en algunos supuestos (imposibilidad de atención por servicios públicos o concertados o cuando las condiciones de convivencia y habitabilidad de la vivienda permitan que el dependiente sea atendido por cuidadores). También con carácter excepcional las personas con gran dependencia podrán recibir una prestación económica de asistencia personalizada por parte de cuidadores no profesionales (habitualmente, un miembro de la familia) y cuidadores profesionales. Conviene destacar que, aproximadamente, un 32,12 % del total de las prestaciones reconocidas corresponden a la prestación económica para cuidadores no profesionales.

En todo caso, cualquier prestación económica personal estará vinculada a la adquisición de un servicio, siendo responsabilidad de los poderes públicos la supervisión del destino y la utilización de estas prestaciones en el cumplimiento de la finalidad para



la que fueron concedidas. Del importe correspondiente se deducirá cualquier otra cuantía que el beneficiario reciba con análoga naturaleza o finalidad (complemento de gran invalidez, necesidad de un tercero en la invalidez no contributiva, complemento por hijo a cargo mayor de dieciocho años con minusvalía, subsidio de ayuda a tercera persona, etcétera).

### **3. La compleja y delicada financiación de la prestación por dependencia. Copago del beneficiario**

3.1. La financiación de esta nueva prestación dependerá de las Administraciones Públicas (aproximadamente, un 67 % del coste total) y se completará con la aportación de los beneficiarios (en el 33 % restante). Nuestro sistema opta, pues, por una fórmula conocida en algunos países de la Unión Europea como es la del copago, utilizada ya en el sistema de protección social español para la prestación farmacéutica. Pero eso no significa que todos contribuyan por igual. Lo harán proporcionalmente según su capacidad económica personal (renta y patrimonio) y teniendo en cuenta el coste del servicio prestado. Por eso pagarán menos o no lo harán quienes carezcan de recursos y contribuirán en mayor medida los que tengan mayor capacidad económica, permitiendo la suscripción de un contrato de seguro de dependencia para prever la cobertura de este riesgo.

Tampoco la aportación de las comunidades autónomas será uniforme, pues cada una de ellas, en función de sus previsiones y necesidades, firmará un convenio de colaboración con la Administración General del Estado en el que se concreten las obligaciones que asume, siendo la aportación de cada comunidad autónoma al menos igual a la que efectúe la Administración General del Estado. De acuerdo con este esquema, la ley viene a configurar un nivel de protección mínimo (establecido por el Estado), un nivel de protección consensuado (entre el Estado y cada comunidad autónoma mediante un convenio de colaboración) y un nivel de protección adicional (fijado por cada comunidad).

La Ley de Presupuestos Generales del Estado del 2012 sorprendió con la suspensión durante ese año de forma unilateral por parte del Estado del nivel acordado (materializada a través de las medidas adoptadas en el Real Decreto Ley 20/2012, de 13 de julio, *BOE* de 14 de julio). No fue excepcional, pues dicha suspensión se ha mantenido hasta el 2016 en las sucesivas leyes de presupuestos. De esta forma, las comunidades autónomas se vieron abocadas a mantener el servicio prestado con sus propios fondos, percibiendo únicamente el nivel mínimo de protección aportado por el Estado (no el acordado). Pese a los intentos de algunas de estas comunidades autónomas de anular dicha suspensión, el Tribunal Constitucional (SSTC 18/2016, 36/2016 y 99/2016) ha admitido la competencia del Estado para adoptar dicha decisión. Con todo, la mayor parte de las comunidades han venido incrementado su aportación cada año en sus correspondientes presupuestos y, previsiblemente,



también lo harán los Presupuestos Generales del Estado para el año 2017, fruto de los acuerdos entre los distintos grupos parlamentarios.

- 3.2. Pese a todo lo anterior, la gran novedad es, sin duda, la aportación del beneficiario (copago), conformando un sistema de financiación público-privado. Los Estados miembros de la Unión Europea han ensayado todo tipo de protecciones de la dependencia: cobertura por medio de la Seguridad Social contributiva y con cargo a cotizaciones; cobertura a través de la Seguridad Social no contributiva y con cargo a impuestos; cobertura mediante la asistencia social, los servicios sociales, el sistema nacional de salud y, muy especialmente, el aseguramiento privado, etcétera. Entre el modelo universal nórdico financiado por la vía impositiva para la protección de este riesgo, el asistencial francés destinado únicamente a ciudadanos carentes de recursos y el contributivo alemán basado en cotizaciones de empresarios y trabajadores a la Seguridad Social, la ley española ha optado por un sistema propio que combina aspectos de los tres descritos.

Para fijar el importe de la contribución de cada beneficiario, las normas reglamentarias (especialmente el Acuerdo de 10 de julio del 2012 aprobado por la Resolución de 13 de julio del 2012 de la Secretaría de Estado de Servicios Sociales e Igualdad, *BOE* de 3 de agosto) han delimitado los elementos que hay que tener en cuenta para determinar la capacidad económica personal de los beneficiarios del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia y que se concretará en atención a su renta y patrimonio. A tal efecto, se consideran *renta* los ingresos del beneficiario derivados tanto del trabajo como del capital, así como cualesquiera otros sustitutivos de aquéllos. Por su parte, se entiende como *patrimonio* del beneficiario el conjunto de bienes y derechos de contenido económico de que sea titular, con deducción de las cargas y gravámenes que disminuyan su valor, así como de las deudas y obligaciones personales de las que deba responder. El mínimo exento de participación económica de la persona beneficiaria vendrá referenciado a la cuantía mensual del indicador público de renta de efectos múltiples, fijado en la actualidad en 532,51 euros, excluida la atención residencial.

Una vez determinada la capacidad económica de los beneficiarios, la aportación de éstos al coste de la atención por los servicios y prestaciones que reciben se fijará de forma progresiva hasta un máximo del 90 % del coste del servicio. Al tratarse de unos requisitos de mínimos, las comunidades autónomas podrán establecer medidas complementarias que aumenten la aportación del usuario cuando así lo regulen en su normativa. En el supuesto de que alguna comunidad autónoma utilice un indicador de mínimos diferente al acordado y que suponga una condición más ventajosa para sus beneficiarios, ésta será financiada con cargo al nivel adicional, además de tenerse en cuenta en la liquidación del nivel mínimo de protección.

Por lo demás, para calcular el coste del servicio, se considerará si supone un gasto adicional para la persona o para la familia en la que se integra (ayuda a domicilio) o



si la protección ha de incluir todos los gastos necesarios para el cuidado y supervivencia del dependiente (atención residencial que sustituye el gasto en vivienda, manutención y cuidado del dependiente). Incluso en este último supuesto, el de la atención residencial, se pretende distinguir el coste médico de los servicios específicos de manutención u hostelería —que previsiblemente se financiarían con recursos privados—. Tampoco tiene el mismo coste una atención por un cuidador informal que mediante un cuidador profesional. La adaptación del entorno o de la vivienda deberá ser considerada ayuda a fondo perdido no reintegrable. Otras ayudas, sin embargo, se obtendrán en régimen de cesión, constituyéndose un banco de aparatos y tecnologías que gestionará la Administración autonómica en función de las necesidades.

En general se establece un tope máximo de la cuota a pagar en el 90 % del precio público del servicio, siendo cada comunidad autónoma la encargada de fijarlo en función de las plazas existentes. A tal fin, se deberá distinguir entre coste asistencial y coste de manutención u hotelero. El modelo puede ser distinto: aplicar el tipo progresivo sólo a la parte asistencial y que sea un importe fijo el coste hotelero o aplicar el tipo progresivo al precio total del servicio (asistencial y hotelero); en todo caso, los costes hoteleros deberán ser asumidos en su integridad por el beneficiario. Finalmente, la norma establece que ningún usuario pueda quedar excluido del sistema por falta de ingresos.

#### 4. El seguro privado de dependencia

4.1. Para la cobertura de la aportación del beneficiario, la ley de dependencia permite el establecimiento de un seguro privado. En virtud de lo dispuesto, primero, en su disposición adicional séptima y, después, en la disposición adicional segunda de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre (BOE de 8 de diciembre), por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo (BOE de 15 de abril), de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria, la cobertura de la dependencia podrá instrumentarse, bien por medio de un contrato de seguro suscrito con entidades aseguradoras, incluidas las mutualidades de previsión social, bien a través de un plan de pensiones. Siendo las mutualidades de previsión social entidades aseguradoras, *ex artículo* 43 de la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras (BOE de 15 de julio), el legislador destaca su papel en la cobertura de la dependencia quizá por considerar estas mutualidades un elemento de especial referencia en la previsión complementaria empresarial.

La cobertura de la dependencia realizada mediante un contrato de seguro obliga al asegurador, para el caso de que se produzca la situación de dependencia, al cumplimiento de la prestación convenida con la finalidad de atender total o parcialmente, directa o indirectamente, las consecuencias perjudiciales para el asegurado que se deriven de dicha situación. El contrato de seguro podrá articularse tanto a través de pólizas



individuales como colectivas. Por su parte, los planes de pensiones que prevean la cobertura de la contingencia de dependencia deberán recogerlo de manera expresa en sus especificaciones.

Entre otras muchas, se manifiesta como fórmula de financiación alternativa la conversión del patrimonio del solicitante en una renta periódica vitalicia que financie la prestación sin contribución del sistema público. O también el recurso a las denominadas *hipotecas inversas*, que implican avalar el pago de la prestación con el importe de un bien inmobiliario que, en su momento, descontará de su valor el total percibido por el beneficiario hasta la fecha con motivo de la protección por dependencia.

- 4.2. Como ya se ha anticipado, la Ley de Contrato de Seguro prevé en el artículo 106 *ter* la obligación del asegurador de dar cumplimiento a la prestación convenida para el caso en que se produzca la situación de dependencia, con la finalidad de atender total o parcialmente, directa o indirectamente, las consecuencias perjudiciales para el asegurado que se deriven de dicha situación. La prestación del asegurador podrá consistir en: a) abonar al asegurado el capital o renta convenida; b) reembolsar al asegurado los gastos derivados de la asistencia, o c) garantizar al asegurado la prestación de los servicios de asistencia, debiendo el asegurador poner a disposición del asegurado dichos servicios y asumir directamente su coste. La oposición a la prórroga del contrato sólo podrá ser ejercida por el tomador, *ex artículo* 106 *ter*.4 de la Ley de Contrato de Seguro.

Esta última precisa además que serán las entidades aseguradoras las que deban garantizar a los asegurados la libertad de elección del prestador del servicio, dentro de los límites y condiciones establecidos en el contrato. En estos casos, la entidad aseguradora deberá poner a disposición del asegurado, de forma fácilmente accesible, una relación de prestadores de servicios que garantice una efectiva libertad de elección, salvo en aquellos contratos en los que expresamente se prevea un único prestador.

Conviene advertir que la disposición adicional primera de la Ley de Planes y Fondos de Pensiones (Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre, *BOE* de 13 de diciembre) establece la posibilidad de cubrir los compromisos por pensiones de las empresas a través de planes y fondos de pensiones o de contratos de seguros de vida colectivos. Las contingencias susceptibles de protección serán, *ex artículo* 8.6 de dicha norma, la jubilación, la incapacidad permanente, la muerte y «d) la dependencia severa o gran dependencia del partícipe regulada en la Ley de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia». Obsérvese que, de los tres grados posibles de dependencia, sólo se permite la cobertura, con este sistema, de los grados II y III (dependencia severa y gran dependencia, respectivamente), excluyéndose el grado I (dependencia moderada).



- 4.3. El seguro de dependencia recibe, con carácter general, el mismo tratamiento fiscal que los planes de pensiones, los planes de previsión asegurados, los planes de previsión social empresarial o el aseguramiento a través de mutualidades de previsión social. En el año 2016, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 51 de la Ley que regula el Impuesto de la Renta de las Personas Físicas, podrán reducirse de la base imponible general las primas satisfechas a los seguros privados que cubran exclusivamente el riesgo de dependencia severa o de gran dependencia —por analogía con lo dispuesto, obsérvese, en la Ley de Planes y Fondos de Pensiones—. Del mismo modo, las personas que tengan con el contribuyente una relación de parentesco en línea directa o colateral hasta el tercer grado inclusive, cónyuge, o aquellas personas que tuviesen al contribuyente a su cargo en régimen de tutela o acogimiento, podrán reducir en su base imponible las primas satisfechas a estos seguros privados. En todo caso, el conjunto de las reducciones practicadas por todas las personas que satisfagan primas a favor de un mismo contribuyente, incluidas las del propio contribuyente, no podrán exceder de 8000 euros anuales.

Si se tratara de un seguro colectivo de dependencia, como tomador del seguro figurará exclusivamente la empresa, y la condición de asegurado y beneficiario corresponderá al trabajador. Las primas satisfechas por la empresa en virtud de estos contratos de seguro e imputadas al trabajador tendrán un límite de reducción propio e independiente de 5000 euros anuales.

- 4.4. Las cifras aportadas por el sector de seguros permiten constatar el crecimiento del seguro privado de dependencia. En el último año, casi un 3 % más respecto del año anterior, llegando a afirmarse que se trata de la modalidad de seguro privado que más crece en número de usuarios. Por su parte, en el ámbito público, los datos oficiales reconocen en la actualidad un total de 859 053 beneficiarios (el 70,82 % de las personas con derecho a prestación), siendo el 17,68 % de edad comprendida entre los sesenta y cinco y los setenta y nueve años y el 54,49 %, de más de ochenta años de edad. Se estima que, en la actualidad y de forma aproximada, 1 216 341 personas se hallan en situación de dependencia, por lo que aún muchas de ellas están pendientes de valoración y, en su caso, de reconocimiento del derecho. La apuesta de las comunidades autónomas por definir su perfil competencial mediante este tipo de protección social es importante, por lo que es de prever que sus aportaciones en esta materia se incrementen en los próximos años, constituyendo una incógnita aún el papel que el Estado deseará desempeñar en su mantenimiento.

*Lourdes López Cumbre*



## Cambios destacables en la tramitación de la futura Ley de Distribución de Seguros y Reaseguros

### 1. El ámbito de aplicación

Nuevas modificaciones en la tramitación	
<b>Agentes de seguros</b>	Finalmente, parece que se mantendrá la distinción preexistente entre agente de seguros vinculado y agente de seguros exclusivo. Se trataba de uno de los aspectos más controvertidos de la norma porque estaba provocando cierta confusión incluso entre los propios agentes. El texto propuesto retoma la distinción y diferencia entre «agente de seguros en régimen de exclusividad» y «agente de seguros en régimen de no exclusividad».
<b>Honorabilidad comercial y profesional</b>	La definición de «honorabilidad comercial y profesional» recuerda mucho a la del artículo 38 de la Ley 20/2015 (LOSSEAR) y el artículo 18 del Real Decreto 1060/2015 (ROSSEAR). Así, se recoge la necesidad de que la persona en cuestión no haya cometido delitos o faltas graves contra la propiedad o en relación con el ejercicio de actividades financieras, así como de que no haya sido sancionada en el ámbito administrativo por infracciones tipificadas como graves o muy graves, y no haya sido declarada en quiebra con anterioridad, salvo que haya sido rehabilitada.
<b>Órgano de dirección responsable de la actividad de distribución</b>	Se esclarece que estará integrado por las personas que desarrollen las más altas funciones de dirección ejecutiva de la actividad de distribución de seguros tanto bajo la dependencia directa como la indirecta del órgano de administración u otros órganos análogos.
<b>Agencias de suscripción</b>	Aunque siguen sin regularse expresamente en la norma, ahora podrán compatibilizar su actividad con la de correduría de seguros, pues la incompatibilidad ha sido suprimida del artículo 33.2.

Propuestas de mejora	
<b>Distribuidor de reaseguros</b>	El texto sigue sin contener una definición exacta de qué hay que entender por «distribuidor de reaseguros». En el artículo 2 sí existen las definiciones de <i>mediador de reaseguros</i> , de <i>distribuidor de seguros</i> , de <i>mediador de seguros</i> , etc., pero no la de <i>distribuidor de reaseguros</i> . Sería aconsejable la inclusión de la definición, al igual que ocurre con el resto de los conceptos, para una mejor técnica legislativa.
<b>Remuneración de entidades aseguradoras y actividad de distribución de seguros</b>	No se desprende de forma clara del artículo 2.7 si la remuneración que constituye el elemento esencial de la distribución es la que la entidad aseguradora entrega a su mediador o si se refiere a la remuneración del cliente o a ambos casos. Sería procedente aclarar este aspecto para evitar interpretaciones contradictorias.
<b>Agencias de suscripción</b>	Se mantiene la omisión de ellas en el texto. Ha sido suprimida la incompatibilidad del corredor de seguros persona jurídica para ejercer su actividad simultáneamente a la de una agencia de suscripción. El fin teleológico de la norma anima a considerar que las agencias de suscripción están incluidas en el ámbito de aplicación desde el momento en el que las entidades aseguradoras también lo están, pues actúan por cuenta directa de éstas. Con todo, cualquier aclaración de la DGSFP en este ámbito sería bienvenida.



## 2. La actividad de distribución de seguros y reaseguros: principales aspectos según el tipo de distribuidor

Nuevas modificaciones en la tramitación									
<b>Generales</b>	Se añade la referencia expresa en todo el texto a «la persona responsable de la actividad de distribución» o «colaboración», la cual deberá cumplir las mismas exigencias que se requieren para la proporción establecida de personas que formen parte del órgano de dirección responsable de la actividad de distribución o colaboración.								
	Los cambios efectuados en los datos que sean inscribibles en el registro administrativo de la DGSFP deberán notificarse en el plazo máximo de quince días hábiles desde el acuerdo de modificación (antes se establecía el plazo indeterminado de «sin demora justificada», por lo que la concreción otorgará mayor seguridad jurídica).								
	Se ha suprimido la imposibilidad de que un colaborador externo de un mediador pueda colaborar con otros mediadores de distinta clase a la de aquel que le contrató en primer lugar. Así, un colaborador externo podrá colaborar con un mediador de tipo X y cualquier otro mediador del mismo tipo. Sin embargo, no podrá colaborar con un mediador de tipo X y otro de tipo Y, con independencia de que el mediador, de uno otro tipo, sea o no el primero que le contrató.								
<b>Mediador de seguros</b>	Se ha vuelto a la distinción entre agentes de seguros exclusivos y no exclusivos, aunque ambos compartirán un régimen general respecto a la responsabilidad civil profesional, a las garantías frente a terceros, a publicidad y documentación mercantil, a incompatibilidades, a las relaciones con el tomador en materia de comunicaciones y con el asegurador en materia del contrato de agencia y a las deudas preexistentes entre el agente y otras agencias.								
	<table border="1" style="width: 100%; border-collapse: collapse;"> <thead> <tr> <th style="background-color: #d3d3d3;">Agente exclusivo</th> <th style="background-color: #d3d3d3;">Agente no exclusivo</th> </tr> </thead> <tbody> <tr> <td>Su inscripción en el registro de la DGSFP será a cuenta de la entidad aseguradora.</td> <td>Su inscripción en el registro de la DGSFP será a su cargo.</td> </tr> <tr> <td>Las entidades aseguradoras deberán aportar programas de formación inicial y continua, y los medios que garanticen su cumplimiento.</td> <td>Deberán aportar, a su costa, un programa de formación continua para la mitad del órgano de dirección responsable de la distribución de seguros, el personal encargado de tal función y la persona responsable de ella.</td> </tr> <tr> <td>La entidad aseguradora puede otorgar una autorización para que opere con otra entidad aseguradora en ramos de seguros en los que la primera no tenga actividad. Las condiciones (duración, entidad aseguradora secundaria y ramos de seguros) serán impuestas por la entidad aseguradora autorizante.</td> <td>Deben presentar una memoria en la que se indiquen los ramos de seguros en los que operarán y para qué entidades aseguradoras.</td> </tr> </tbody> </table>	Agente exclusivo	Agente no exclusivo	Su inscripción en el registro de la DGSFP será a cuenta de la entidad aseguradora.	Su inscripción en el registro de la DGSFP será a su cargo.	Las entidades aseguradoras deberán aportar programas de formación inicial y continua, y los medios que garanticen su cumplimiento.	Deberán aportar, a su costa, un programa de formación continua para la mitad del órgano de dirección responsable de la distribución de seguros, el personal encargado de tal función y la persona responsable de ella.	La entidad aseguradora puede otorgar una autorización para que opere con otra entidad aseguradora en ramos de seguros en los que la primera no tenga actividad. Las condiciones (duración, entidad aseguradora secundaria y ramos de seguros) serán impuestas por la entidad aseguradora autorizante.	Deben presentar una memoria en la que se indiquen los ramos de seguros en los que operarán y para qué entidades aseguradoras.
	Agente exclusivo	Agente no exclusivo							
	Su inscripción en el registro de la DGSFP será a cuenta de la entidad aseguradora.	Su inscripción en el registro de la DGSFP será a su cargo.							
	Las entidades aseguradoras deberán aportar programas de formación inicial y continua, y los medios que garanticen su cumplimiento.	Deberán aportar, a su costa, un programa de formación continua para la mitad del órgano de dirección responsable de la distribución de seguros, el personal encargado de tal función y la persona responsable de ella.							
	La entidad aseguradora puede otorgar una autorización para que opere con otra entidad aseguradora en ramos de seguros en los que la primera no tenga actividad. Las condiciones (duración, entidad aseguradora secundaria y ramos de seguros) serán impuestas por la entidad aseguradora autorizante.	Deben presentar una memoria en la que se indiquen los ramos de seguros en los que operarán y para qué entidades aseguradoras.							
	<i>Agente de seguros</i>								
<i>Operador de banca-seguros</i>	Se han realizado leves modificaciones en el ámbito de la publicidad y de la documentación mercantil. En ambos casos deberá indicarse la entidad aseguradora para la que se opera.  Por otro lado, no se establece distinción entre operadores de banca-seguros exclusivos y no exclusivos. El artículo 25 remite al régimen general de los agentes, lo cual provoca que <i>a priori</i> quede descolgada la regulación sobre cesión de redes (sólo prevista para agentes exclusivos).  También se ha eliminado la restricción sobre la posibilidad de que un operador de banca-seguros sólo pueda colaborar con una red bancaria.								
<i>Corredor de seguros</i>	Se ha eliminado la restricción de que el corredor sólo pueda percibir una retribución en forma de comisión de parte de la entidad aseguradora. También se prevé que pueda facturar honorarios profesionales al cliente, si así lo pactan.  Se precisa que las entidades aseguradoras deberán ser titulares de las cuentas bancarias en las que el cliente ingresa el pago de la prima como exoneración del umbral mínimo de capacidad financiera exigible al corredor.  La actividad de corredor es también incompatible con la de colaborador externo de un operador de banca-seguros, aunque se elimina la restricción con las agencias de suscripción.								



### Propuestas de mejora

Revisar el requisito para los mediadores de seguros de abrir una «cuenta especial» en la que ingresar las primas recibidas por los clientes separada de cualquier otro recurso económico. La medida es interesante para resolver los problemas de confusión de recursos propios y los recibidos por los clientes, pero debe ser más cautelosa para lograr un resultado óptimo, principalmente si se tiene en cuenta que se asemeja mínimamente al régimen de cantidades adelantadas en la compraventa de viviendas de la Ley de Ordenación de la Edificación (LOE).

Respecto a los colaboradores externos, perdura la duda sobre si, por ejemplo, un administrador de un colaborador externo puede o no ser también administrador de otro colaborador externo distinto que trabaje para otro mediador distinto. E igual duda surge respecto al personal del colaborador externo, porque es posible que, por ejemplo, un trabajador lo sea en dos empresas colaboradoras distintas a media jornada. Aunque el artículo 11 establece las incompatibilidades de los colaboradores, nada dice sobre su personal.

#### Mediador de seguros

Hubiera sido acertado trasladar también a los asegurados la obligación de la entidad aseguradora de comunicar el cambio de agente o la extinción de la relación contractual a los tomadores. De este modo, se reforzaría la protección de los clientes, principalmente en los supuestos en los que los asegurados no tienen una percepción directa de los cambios (por ejemplo, en los seguros colectivos). Asimismo, sería apropiado establecer un tiempo límite para efectuar tales comunicaciones.

#### Agente de seguros

Resulta dudoso si la entidad aseguradora también debe responder de la responsabilidad civil profesional de los colaboradores externos del agente. El artículo 11.2 del borrador indica que los colaboradores externos actuarán bajo el régimen de responsabilidad administrativa y civil profesional del mediador (agente) para el que actúen. Pero el artículo 17.2 establece que la responsabilidad civil profesional del agente es imputable a la entidad aseguradora. Con todo, no parece que la norma persiga tal efecto traslativo, pero convendría aclarar este aspecto de forma manifiesta para evitar posibles interpretaciones contradictorias.

#### Corredor de seguros

Revisar la posibilidad de que el corredor supla la cuantía mínima de capacidad financiera exigible en el artículo 31.1f. Aunque el artículo 32.1 obligue incluir la referencia a la garantía en la publicidad y la documentación mercantil, el texto legal podría ser más concreto. Por ejemplo, no resultaría suficientemente informativo (y se cumpliría, en principio, la obligación exigida) que figurara simplemente «Este corredor de seguros tiene suscrita una garantía de la capacidad financiera exigible por el artículo 31 de la Ley de Distribución de Seguros y Reaseguros». Posiblemente, en aras de proteger al cliente y evitar lo anterior, sería conveniente obligar al corredor a emitir un certificado individual en el que constaran los datos básicos de la garantía (entidad garante y sus datos sociales identificativos, la suma asegurada, etc.).

### 3. Otros aspectos

Respecto a la cancelación de la inscripción del Registro Administrativo de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, se ha modificado el régimen para los corredores de reaseguros —que se desliga del de los corredores de seguros— y se establece el límite



por falta efectiva de actividad cuando se aprecie durante dos ejercicios consecutivos que el volumen anual de negocio es inferior a 500 000 euros.

Los contratos de agencia celebrados con anterioridad a la entrada en vigor de la ley permanecerán vigentes en todos sus términos, aunque deberán adaptarse a las nuevas obligaciones de información y normas de conducta aplicables.

Se concreta que la formación exigible a los distribuidores y a las personas que participen en la actividad de distribución lo será en materia financiera y de seguros privados.

Se incluye que los distribuidores de seguros tendrán un plazo máximo de seis meses desde la entrada en vigor de la ley para cumplir las obligaciones de información y las normas de conducta exigibles. Mientras tanto, cumplirán las establecidas en la Ley 26/2006.

*Jesús Almarcha Jaime*

---

## Análisis jurisprudencial

La falta de resolución del juez sobre la suficiencia de la consignación justifica la inaplicación de los intereses moratorios del artículo 20.8 de la Ley de Contrato de Seguro

En la Sentencia núm. 964/2015<sup>1</sup>, cuyo recurso ulterior fue rechazado por un auto del Tribunal Supremo<sup>2</sup>, la Audiencia Provincial de Barcelona se manifestó sobre la procedencia de la aplicación de los intereses moratorios del artículo 20.8 de la Ley de Contrato de Seguro a una entidad aseguradora que hizo, en tiempo y forma oportunos, una consignación por un importe menor respecto a la reclamación de la demanda del asegurado y a la indemnización que finalmente se estableció.

La Audiencia determina que no existe una oposición de la entidad aseguradora a consignar la cantidad adeudada, pues de hecho así lo hizo y el juez *a quo* no resolvió sobre su suficiencia ni sobre la necesidad de ampliar la cantidad ofrecida, lo que hubiera, incuestionablemente, permitido enervar la mora del acreedor.

En consecuencia, los posibles intereses moratorios del artículo 20.8 de la Ley de Contrato de Seguro sólo se devengan cuando se ha resuelto la contienda sobre la causa o existencia del siniestro por sentencia inatacable y, así, sólo pueden generarse cuando se hayan determinado los efectos patrimoniales derivados de la causa indemnizatoria concreta. En el caso, no sólo la aseguradora consignó y el juez no se pronunció, sino que el propio demandante rebajó

---

<sup>1</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección Décima) núm. 964/2015, de 20 de noviembre (JUR 2016\16068).

<sup>2</sup> Auto del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera) de 22 de septiembre del 2016 (JUR 2016\232205).



considerablemente la cuantía que solicitaba como indemnización, asemejándose a la que había consignado la entidad aseguradora, lo que demuestra lo razonable de su oposición e impago. La aseguradora no tuvo otra opción, conforme a sus obligaciones, que dejar que la cuantía se determinara en la sentencia, pues de hecho el propio juez no fijó la cantidad real que debía haber consignado en el momento procesal oportuno, y sólo se concretó su importe en sentencia.

Jesús Almarcha Jaime

### Acción de repetición del asegurador de la responsabilidad civil de un vehículo de motor contra el asegurador de la responsabilidad civil de la empresa propietaria de aquél

La Sentencia 384/2016 de la Audiencia Provincial de A Coruña<sup>3</sup> resuelve el caso concerniente a la acción de repetición entre aseguradoras. Los daños del siniestro se originaron como consecuencia del desprendimiento de la mercancía (tierra y piedras) que cargaba un camión propiedad de una empresa. Existía un seguro de responsabilidad civil que cubría los accidentes producidos por el camión y, a su vez, existía otro seguro de responsabilidad civil que cubría la explotación empresarial de la propietaria. Los daños fueron indemnizados por la entidad aseguradora del camión, pero ésta ejerció la acción de repetición contra la entidad aseguradora de la empresa.

La Audiencia Provincial de A Coruña desestima la acción basándose en lo siguiente:

- El artículo 10b del Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, artículo que prevé la opción de ejercer la acción de repetición contra los terceros causantes del daño, no es aplicable a la empresa propietaria del camión porque realmente ésta responde por tal condición conforme al seguro obligatorio de vehículos de motor suscrito. Por tanto, el propietario del vehículo no puede considerarse «tercero».
- Además, el siniestro se produjo durante el traslado de la mercancía de un lugar a otro por la autopista, lo cual es calificable como «hecho de la circulación» conforme al artículo 2.1 del Real Decreto 1507/2008, de 12 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento del seguro obligatorio de responsabilidad civil en la circulación de vehículos a motor.
- No puede considerarse que existe un seguro múltiple *ex artículo 32* de la Ley de Contrato de Seguro porque, si bien es cierto que ambos seguros pueden llegar a cubrir el mismo riesgo sobre la misma cosa durante el mismo tiempo, también es cierto que los intereses asegurados son distintos<sup>4</sup> y, en consecuencia, no existe tal figura jurídica ni sus consecuencias.

<sup>3</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña (Sección Quinta) 384/2016, de 27 de octubre (JUR 2016\253174).

<sup>4</sup> Por un lado, la responsabilidad civil de la empresa por el camión y, por otro, la responsabilidad civil de la empresa por la explotación.



- En todo caso, lo que sí existiría es un seguro complementario, pues la propia póliza de responsabilidad civil de la explotación empresarial prevé tal circunstancia en caso de que haya un seguro obligatorio de responsabilidad civil de un vehículo de motor, entrando sólo a escena si este último no lo hace o la cobertura excede de lo previsto en él.

Jesús Almarcha Jaime

## Competencia para el conocimiento de la acción derivada del artículo 43 de la Ley de Contrato de Seguro

El criterio procesal que planteo es el siguiente: ¿cuál es el órgano judicial competente para el conocimiento de la acción *ex artículo 43* de la Ley de Contrato de Seguro (LCS) ejercida por una compañía de seguros en reclamación de las cantidades pagadas a su asegurado con ocasión de un accidente de circulación frente al causante del siniestro (o frente a su compañía aseguradora)?

La cuestión ha tenido una respuesta dispar en la jurisprudencia:

- a) El Auto del Tribunal Supremo de 31 de julio del 2007 (JUR 2007/329215), en un supuesto de ejercicio de la acción frente a la aseguradora del causante del siniestro, dice: «Se trata, por tanto, de una reclamación de cantidad, donde la única especialidad que se aprecia es que la misma se produce entre compañías aseguradoras, por lo que debe aplicarse el artículo 51.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y presentarse la demanda en el lugar del domicilio de la persona jurídica demandada». Y lo mismo cabe decir cuando dicha acción se ejerce frente al particular causante del siniestro: no es aplicable en el caso la regla imperativa establecida en el artículo 52.1.9.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil —LEC— (fuero del lugar donde se produjo el siniestro) porque no concurre la razón de ser de este fuero, que es la de proteger al perjudicado por el accidente de circulación evitando que se vea obligado a litigar en el lugar donde la aseguradora tenga su domicilio y facilitándole, por el contrario, la posibilidad de litigar en el mismo lugar del siniestro porque, de ordinario, coincidirá con el de su propio domicilio.

Por otra parte, continúa el auto, «no cabe invocar la aplicabilidad en supuestos como el analizado, de la regla del artículo 52.1.9.º de la LEC, a través de la identificación entre el directamente perjudicado por el siniestro y la compañía que le abona los gastos que aquél origina, pues la causa de esta última obligación no está en el siniestro en sí mismo, sino en el contrato de seguro concertado que le obliga a ello, sin perjuicio de la facultad de repetición que legalmente se le reconoce, de modo que no puede considerarse que la aseguradora reclamante reclame *la indemnización de los daños y perjuicios derivados de la circulación de vehículo a motor* a que alude el mencionado precepto».

- b) En cambio, el Auto del Tribunal Supremo de 30 de mayo del 2008 (RJ 2008\3551), en un supuesto semejante de reclamación entre compañías aseguradoras, mantiene el criterio



opuesto, con fundamento en que la acción *ex artículo* 43 de la Ley de Contrato de Seguro ejercida «no es una acción de repetición, sino una acción subrogatoria» y con rechazo, por tanto, de la distinción establecida por el auto anterior.

Este criterio fue acogido por el Tribunal Supremo (v. ATS de 7 de noviembre del 2005) y por diversas Audiencias, que distinguen esta acción de la acción de repetición del artículo 10 del Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos de Motor: la competencia para la primera acción, al ser de subrogación, es la del lugar del accidente de tráfico; en cuanto a la segunda, como es de repetición legal, la competencia territorial será la del fuero general del domicilio del demandado.

- c) Sin embargo, parece que, a pesar de que el criterio anterior, basado en la distinción entre las acciones, es razonable, las resoluciones más recientes sostienen el contrario. Así, por ejemplo, el Auto del Tribunal Supremo de 12 de enero del 2010 (RJ 2010\412), que repite literalmente la doctrina del Auto de 31 de julio del 2007 citado anteriormente; o el Auto del Tribunal Supremo de 25 de mayo del 2010 (JUR 2010\248816), que califica la acción *ex artículo* 43 de la Ley de Contrato de Seguro de ejercitada como acción de repetición. Y también el más reciente Auto del Tribunal Supremo de 19 noviembre del 2013 (JUR 2013\367172), que califica la acción de subrogatoria, aunque después sostenga que es de repetición: «Para la resolución del presente conflicto negativo de competencia debemos tener presente que es doctrina de esta Sala (recogida, entre otros, en los autos del Tribunal Supremo de 11 de septiembre del 2012 (JUR 2012\331068, de 20 de abril de 2010, JUR 2010\152966, y 15 de junio de 2010 (JUR 2011\28694), que la acción del art. 43 LCS no es la acción de responsabilidad por los daños y perjuicios derivados de accidente de circulación, sino la acción de repetición ejercitada por sociedad aseguradora por las cantidades abonadas. En consecuencia, la acción ejercitada no presenta especialidad alguna y no es aplicable la regla 9.<sup>a</sup> del art. 52.1 LEC, sino las reglas generales de competencia territorial contenidas en los arts. 50 y 51 del mismo texto legal, que atribuyen el conocimiento del litigio al órgano judicial en el que tenga su domicilio la parte demandada».

Faustino Cordón Moreno

---

## Análisis operacional

### Aspectos prácticos de los seguros *de representations and warranties*

En un artículo publicado en el número anterior de este mismo boletín se trató sobre el denominado «seguro de *representations and warranties*» (seguro de R&W) y su vigencia y actualidad en las operaciones de compraventa de empresas. Es habitual en las operaciones de compraventa de empresas que las partes se otorguen manifestaciones y garantías (denominadas en inglés *representations and warranties*) y este tipo de seguro está encaminado a cubrirlas.



En el boletín anterior se ofreció una introducción sobre las principales características de dichos seguros. Se trata de un mecanismo relativamente novedoso que permite cubrir en parte o en todo los riesgos que asumen las partes —compradora o vendedora— en los contratos de compraventa de empresas o activos empresariales. La estructura de este seguro permite adaptarlos de hecho a cualquier tipo de compraventa aunque su principal nicho de mercado hoy en día son las operaciones de fusiones y adquisiciones. En la terminología española denominamos a estos seguros como *seguros de R&W*, haciendo propio un término inglés, aunque en realidad en el mundo anglosajón británico es más habitual referirse a ellos como *warranty and indemnity insurances* o simplemente *W&I insurance*.

En el presente artículo intentaremos profundizar en dicho contrato de seguro ofreciendo una serie de orientaciones prácticas, así como recomendaciones para negociar eficazmente este tipo de seguros. Las cuestiones que trataremos en este artículo son las siguientes:

1. Elección del tipo de seguro de R&W.
2. Implicaciones del tipo de seguro de R&W en la redacción de sus cláusulas.
3. Cuestiones relevantes en relación con los seguros de R&W.
4. Ley aplicable al seguro de R&W.
5. Influencia de la existencia de un seguro de R&W en el contrato de compraventa.

Estudiaremos las dos primeras en este documento (parte I) y las tres últimas en otro (parte II).

El seguro de R&W se configura como un seguro cuya clasificación al amparo de la división prevista en la Ley 50/1980 de Contrato de Seguro entraría dentro de los seguros contra daños regulados en el título II de la citada ley. Desde la perspectiva de los distintos ramos de seguros previstos en el anexo de la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras, el seguro de R&W estaría a caballo, en nuestra humilde opinión, entre el ramo de otros daños a los bienes (núm. 9 del anexo), responsabilidad civil en general (núm. 13), caución (núm. 15) y pérdidas pecuniarias diversas (núm. 16). Y ello porque el seguro de R&W tiene características comunes a todos ellos. Es un seguro que pretende cubrir a una de las partes contra el daño que puede sufrir el objeto de la compraventa, ya sea al vendedor en el caso que se le reclame responsabilidad por dicho daño, ya sea directamente al comprador en la medida en que el objeto de la compraventa sufra un daño motivado por un incumplimiento de las manifestaciones y garantías. Pero también es un seguro encaminado a cubrir la responsabilidad civil contractual que puedan tener las partes, normalmente el vendedor. También puede ser visto como una modalidad *sui generis* de seguro de caución, el cual, conforme al artículo 68 de la Ley 50/1980, es aquel por el cual el asegurador se obliga, en caso de incumplimiento por el tomador de sus obligaciones legales o contractuales, a indemnizar al asegurado a título de resarcimiento o penalidad los daños



patrimoniales sufridos. Pero también podría encajar dentro del ramo de pérdidas pecuniarias diversas (núm. 16), apartado residual que atañe a las pérdidas pecuniarias comerciales o no.

La realidad es que no es un tipo de seguro que tenga un encuadre único, lo cual puede conllevar que aparezcan dudas cuando haya que integrar el contrato para ver cuál es su regulación. En todo caso el seguro de R&W es un seguro cuyo objetivo es el de asegurar a una o a varias partes en el caso de que surja alguna contingencia no prevista inicialmente por las partes y que cause un daño a alguna de ellas. Como es habitual en los contratos de seguros de daños, éste será nulo si en el momento de su conclusión no existía el riesgo o había ocurrido el siniestro.

## 1. Elección del tipo de seguro de R&W

Con el término seguro de R&W nos referimos con carácter general a un seguro que cubre manifestaciones y garantías, pero la realidad es que no existe un único tipo de seguros de R&W, sino distintas clases, y cada una pretende cubrir riesgos distintos. No todos los seguros de R&W tienen el mismo enfoque y en función del tipo de seguro de R&W que consideremos, sus objetivos, coberturas y por supuesto la redacción del contrato de seguro pueden ser muy distintos.

La primera cuestión que debe plantearse es la relativa a quién será el tomador del seguro de R&W, quién será el asegurado y cuál es el riesgo o riesgos que pretende cubrir. La principal distinción que podemos hacer a nuestro juicio es entre los seguros de R&W de comprador y los seguros de R&W de vendedor. La cobertura de las manifestaciones y garantías implica cosas muy distintas en función de a quién cubra. Y por dicha razón, la negociación del contrato de seguro será totalmente distinta.

En la planificación de la operación de fusiones y adquisiciones es preciso tener claro por qué tipo de seguro de R&W se optará. A continuación hacemos un repaso de los principales tipos que hay.

### 1.1. Seguro de R&W de vendedor

En una operación de compraventa típica, el vendedor se compromete a compensar al comprador en el caso de que el comprador (o la empresa adquirida) sufra un daño derivado de una contingencia cubierta por las manifestaciones y garantías. En el caso de que surja una contingencia que cause un daño indemnizable, el vendedor estará obligado a abonar una cantidad —la que se determine conforme al contrato— al comprador. La regulación detallada de las manifestaciones y garantías y de las condiciones que se han de dar para que un vendedor responda es una de las cuestiones que más tiempo absorbe a las partes en la negociación de todo contrato de compraventa, en la medida en que el comprador quiere estar cubierto por si sucede cualquier hecho imprevisto, mientras que el vendedor no está dispuesto a asumir un riesgo excesivo que determine que no le interese vender. Independientemente del nivel real



de riesgo que el vendedor asuma frente al comprador, es muy probable que el vendedor considere que dicho nivel es excesivo y, dependiendo de la aversión al riesgo que pueda tener, puede decidir asegurar dicho riesgo de tal forma que, si surgiera la contingencia y el vendedor se viera obligado a abonar cantidad alguna al comprador, dicho riesgo estuviera cubierto total o parcialmente por un asegurador. Este sería un supuesto de seguro de R&W de vendedor.

### 1.2. Seguro de R&W de comprador

Desde el lado opuesto, el comprador puede tener igualmente la sensación de que las manifestaciones y garantías o las condiciones de indemnidad concedidas por el vendedor no son suficientes y desee obtener una cobertura adicional a la ofrecida en el contrato por parte del vendedor. En este caso estaríamos ante un seguro de R&W de comprador. El interés del comprador es que, si conforme al contrato de compraventa el vendedor no ha cubierto un determinado riesgo o ha limitado su responsabilidad en caso de que éste surja, el comprador disponga de una cobertura adicional de dicho riesgo. El abanico de posibilidades que se abre aquí es múltiple.

El seguro de R&W puede ofrecer una cobertura al comprador más allá de la prevista en el contrato de compraventa —en términos de riesgos cubiertos, cuantías e, incluso, duración de la cobertura—, pero también puede ofrecerle al comprador la misma cobertura que la prevista en el contrato de compraventa con la consecuencia de que, en caso de que surja el daño, el comprador solicitará a la aseguradora que lo cubra, sin perjuicio del derecho de la aseguradora a repetir contra el vendedor en cuanto obligado a reparar o indemnizar el daño conforme al contrato de compraventa.

Este tipo de seguro de R&W ofrece además otra garantía adicional al comprador: la certeza de que se podrá dirigir contra una compañía cuya solvencia normalmente es superior a la del vendedor. Se podría dar la situación de que el comprador tuviera una cobertura contractual suficiente por parte del vendedor, pero si éste no es solvente o se trata de un vehículo de inversión (como puede ser un fondo o una sociedad vehículo instrumental para dicha inversión) que va a ser liquidado inmediatamente después de la venta, el comprador asume el riesgo de que, cuando intente hacer valer su cobertura contractual, no haya una contraparte solvente o a lo mejor no haya siquiera contraparte. En estos casos, concertar un seguro de R&W de comprador puede ser una forma de obtener la garantía de que podrá dirigirse contra una entidad solvente y, en definitiva, cobrar, sin tener que articular otros mecanismos como cuentas en *escrow* o garantías por parte del vendedor que pueden enturbiar la negociación de la compraventa.

### 1.3. Seguros de R&W «sell-buy flip»

La distinción entre seguros de R&W de comprador y seguros de R&W de vendedor en función del tomador, tiene un *tertium genus* en las estructuras de seguros



denominados *sell-buy flip* (o también *sell-side flip*), una modalidad que se ha puesto de moda en los últimos años. Se trata de un seguro de R&W que en un principio es promovido por un vendedor que desea poner en venta su empresa y que, como parte de las condiciones de venta, ofrece la posibilidad al comprador de contratar un seguro de R&W con una aseguradora que ha participado en el proceso desde el momento inicial, seguro que cubrirá las garantías del vendedor. En este tipo de seguros lo habitual es que sea el vendedor quien abone la prima del seguro aun cuando el comprador sea el asegurado o beneficiario. El vendedor ofrece la contratación de dicho seguro como una forma de que el comprador tenga una cierta cobertura, pero con el ánimo de que no haya ningún recurso frente al vendedor.

#### 1.4. Otros tipos de seguros de R&W

Existe una categoría adicional de seguros de R&W cual es la relativa a la cobertura de riesgos conocidos. Por definición, un seguro de daños cubre un daño contingente existente (el riesgo existe), pero cuya ocurrencia no se conoce; por el contrario, si el siniestro ya ha tenido lugar, el contrato sería nulo. Las manifestaciones y garantías son declaraciones del vendedor acerca del estado o condición del objeto vendido (normalmente acerca de una empresa) que considera que son ciertas aun cuando luego pueda resultar que no lo son: si resulta que sus declaraciones no son ciertas y el comprador sufre un daño por ello, entonces el vendedor responderá. Y aquí juega la cobertura clásica de un seguro de R&W.

En ocasiones, sin embargo, las partes de un contrato de compraventa no articulan su responsabilidad sobre la base de hechos desconocidos, sino que identifican riesgos y contingencias concretas, cuya incidencia o cuyos daños todavía no han surgido y establecen que, si surgen, una de las partes (normalmente el vendedor) indemnizará a la otra (normalmente el comprador) por ello. En la terminología inglesa este tipo de cláusulas se denominan *indemnities* y constituyen por cierto una forma de articular las responsabilidades contractuales mucho más adecuada al Derecho continental europeo que la de las manifestaciones y garantías. En este supuesto, las partes conocen el riesgo o la contingencia, lo han identificado, lo que no saben es si acaecerá. Y pueden querer igualmente estar cubiertos para el supuesto de que el riesgo acaezca. Estaríamos entonces ante un seguro de indemnidad (*indemnity insurance*).

Hay variantes adicionales de seguros de R&W. La variedad es enorme puesto que las compañías de seguro cada vez son más proclives a asegurar riesgos distintos o determinados tipos de riesgos.

Podemos señalar no obstante los seguros de R&W que cubren los riesgos fiscales de las propias operaciones (*tax liability insurance*). Este tipo de seguros persigue ofrecer una cobertura que reduzca (o incluso elimine) los riesgos consistentes en que por parte de las autoridades fiscales se cuestione el tratamiento fiscal que una de las partes haya dado a la operación o a la inversión. Es habitual que en la planificación de



determinadas operaciones de fusiones y adquisiciones nazcan dudas acerca de las consecuencias fiscales de la operación en sí, ya sea en sede del comprador o del vendedor o incluso de la entidad objeto; es posible asegurar dicho riesgo de tal forma que una compañía de seguros asuma el riesgo relativo a la diferente interpretación fiscal que la operación pueda tener cuando existe dicha incertidumbre sobre el tratamiento fiscal. Esta modalidad de seguro tiene una variante ciertamente curiosa cual es el seguro que asegura el tratamiento de una transacción conforme a lo previsto en una opinión fiscal emitida por un despacho de abogados o asesores fiscales (*tax opinion insurance*).

Otro ejemplo de seguro de R&W son los denominados *litigation buyout insurance*, término que se podría traducir como seguro de compra o cobertura de litigios. En este caso se trata de supuestos en los cuales la compañía objeto de la venta o el vendedor tiene o prevé tener un procedimiento litigioso (administrativo, judicial o arbitral) cuyas consecuencias no son todavía claras. El seguro lo que persigue es circunscribir el riesgo financiero de dicho procedimiento de tal forma que la compañía, el vendedor o el comprador sólo asuman la contingencia hasta un determinado importe, asumiendo el seguro el resto. Éste es un tipo de seguro particularmente útil en las transacciones en las cuales la existencia o la contingencia del litigio es un *deal breaker* o tiene un impacto en el precio inasumible para las partes. La ventaja de este tipo de seguros es que transfiere una responsabilidad incierta del asegurado a la aseguradora, traduciendo una reclamación de un tercero contingente en el coste cierto de un seguro, cuyo impacto en la transacción puede ser cuantificado.

Las variaciones de este tipo de seguros de R&W que se pueden encontrar son múltiples. Señalemos finalmente otras dos: los seguros de riesgos regulatorios y los seguros medioambientales. Los primeros aseguran una compraventa de una empresa frente a un riesgo regulatorio, mientras que los seguros aseguran posibles riesgos medioambientales que la empresa objeto de la compraventa pueda tener.

## 2. Implicaciones del tipo de seguro de R&W en la redacción de sus cláusulas

En función del tipo de seguro de R&W que se quiera contratar, sus condiciones de negociación serán significativamente distintas. Nos vamos a centrar ahora en las dos formas más habituales, añadiendo la de *sell-buy flip*, cuya principal diferencia radica en la forma en la que se estructura y negocia.

### 2.1. Seguro de R&W de vendedor

Los seguros de R&W de vendedor son los teóricamente más sencillos. El riesgo del vendedor se concreta en un contrato de compraventa (habitualmente denominado SPA, abreviatura que deriva del inglés *sale and purchase agreement* o también *share purchase agreement* cuando se refiere a acciones de una sociedad) que regula en detalle en qué condiciones será el vendedor responsable frente al comprador. La póliza de seguro considera el SPA como un hecho dado y la



aseguradora, después de su propio proceso de auditoría y de revisión de los informes de auditoría legales, fiscales y de cualquier otro tipo que se hubieran hecho en la operación, redactará una póliza en la que indicará cuáles de las manifestaciones y garantías quedan cubiertas por la póliza y cuáles no, así como, en su caso, en qué condiciones o con qué salvedades. La redacción estándar del contrato en este caso es la de un contrato de seguro que contiene un anexo en el que se enumeran las distintas manifestaciones y garantías y en el que se indica al margen cuáles de éstas están cubiertas por el seguro y cuáles no.

Es habitual que el vendedor no responda frente al comprador del 100 % de los daños sufridos, sino que su responsabilidad puede estar limitada a una parte de dichos daños. En este caso, resulta necesario prestar mucha atención a la redacción del contrato en cuanto a las posibles franquicias (ya se trate de *self insured retentions* o de *deductibles*), en la medida en que la aseguradora sólo cubrirá la parte del daño que deba ser indemnizada por el vendedor. Con un ejemplo se puede ver esta situación mejor: si contractualmente se hubiera pactado en el SPA que el vendedor no responde frente al comprador del primer millón de euros y el vendedor contrata un seguro de R&W cuya cobertura tiene una franquicia de un millón de euros, si el comprador reclamara un daño indemnizable por un importe de dos millones de euros, el vendedor estaría obligado a abonarle un millón conforme al SPA y, en la medida en que tuviera una franquicia por dicho importe, la aseguradora luego no cubriría nada de la cantidad. En otras palabras, en función de la redacción que se pacte, las posibles limitaciones cuantitativas a la responsabilidad del vendedor podrían ser acumulativas o, por el contrario, estar alineadas de tal forma que la franquicia del contrato de seguro operara en paralelo con cualquier limitación cuantitativa del contrato de compraventa.

En este tipo de seguros, la compañía aseguradora a quien asegura es al vendedor, por lo que lo normal es que, en caso de que surja una contingencia o daño, la compañía aseguradora no trate directamente con el comprador o con la empresa objetivo, que es quien habitualmente sufre dicha contingencia o daño. La compañía aseguradora cubrirá —total o parcialmente— al vendedor por la responsabilidad que el comprador le pueda reclamar conforme al contrato de compraventa y corresponderá al vendedor dirigirse a la compañía de seguros para reclamar cualquier desembolso que tenga que hacer. La compañía de seguros en principio no será parte de las negociaciones que el vendedor pueda tener con el comprador acerca de cómo concretar los daños, si bien es recomendable desde el punto de vista del vendedor que dicha negociación tenga el visto bueno de la aseguradora, lo cual puede además ser una exigencia contractual.

La póliza de seguro sólo se activará en principio cuando el vendedor deba responder frente al comprador por daños sufridos por éste. Con respecto a esto es conveniente dejar claro en el contrato de seguro si el seguro cubrirá los daños desde que éstos puedan ser reclamados, aunque no sean firmes, o si sólo cubrirá los daños que



efectivamente se abonen una vez que sean definitivos y firmes. Estrechamente vinculada con esta cuestión está la relativa a posibles pagos anticipados o garantías que se deban aportar en el marco de una reclamación y si el seguro de R&W los cubre o no. Estamos pensando en supuestos tales como reclamaciones fiscales o de la Seguridad Social que se impugnen y como condición para dicha impugnación haya que abonar el principal o aportar garantías para paralizar la ejecución del acto administrativo o en sentencias judiciales no firmes que se ejecuten provisionalmente. En estos casos conviene aclarar en el contrato de seguro si la aseguradora tiene la obligación de adelantar dichas garantías o cantidades o no.

## 2.2. Seguro de R&W de comprador

La estructura de un seguro de R&W de comprador es normalmente más compleja que la de un seguro de R&W de vendedor. En el caso de un seguro de R&W de comprador, si la cobertura que busca el comprador es simplemente la de la solvencia de la aseguradora en caso de tener que reclamar, entonces redactar el seguro de R&W de comprador será sencillo, puesto que se limitará a remitirse al SPA y a las condiciones en que el vendedor haya de responder. Es igualmente habitual que haya un anexo en el cual la aseguradora indique qué manifestaciones o indemnidades están cubiertas por el seguro y cuáles no. En este caso resulta igualmente conveniente coordinar cualesquiera limitaciones cuantitativas en el SPA con las franquicias y límites del seguro.

En el caso de que la cobertura buscada por el comprador vaya más allá de la asumida por el vendedor, la redacción del contrato de seguro de R&W se convierte en una suerte de asunción de manifestaciones y garantías o de indemnidades o de límites indemnizatorios por parte de la aseguradora en su propio nombre que sobrepasan las asumidas por el vendedor. Esto coloca a la aseguradora en una posición ciertamente curiosa, puesto que, sin conocer la empresa o el activo objeto de la compraventa con el mismo detalle que el vendedor, otorga garantías y coberturas al comprador por encima de las ofrecidas por el vendedor. Por esta razón la aseguradora debe en este caso adquirir un mayor protagonismo en la auditoría del objeto de la compraventa y la revisión de los informes elaborados por las partes, con el fin de poder evaluar adecuadamente los riesgos adicionales que asume.

La forma de plasmar dichas manifestaciones y garantías o indemnidades adicionales requiere que éstas se redacten en una suerte de listado adicional al listado de manifestaciones y garantías o indemnidades otorgado por el vendedor. Ello supone una complejidad adicional en la negociación de la póliza. Existen, no obstante, variantes en la práctica para solventar dicha tesitura, como puede ser la de que el listado de manifestaciones y garantías o indemnidades sea otorgado por el vendedor o por el equipo directivo del vendedor, pero con una limitación cuantitativa de la responsabilidad a un importe insignificante, como podría ser un euro. De esta forma, el listado de manifestaciones y garantías o indemnidades adicionales ya existe y con



la aseguradora sólo hay que negociar cuáles quedan cubiertas y cuáles no, y hasta qué importe.

El comprador, por su parte, estará interesado en regular adecuadamente en el contrato de seguro que la responsabilidad de la aseguradora es una responsabilidad *prima facie* que no le exige tener que reclamar o agotar previamente reclamaciones frente a terceros (es decir, frente al vendedor o incluso frente a otros aseguradores, como pueden ser los de la empresa objetivo) antes de poder reclamar a la aseguradora.

En los seguros de R&W de comprador el vendedor no tiene en principio participación alguna en la contratación del seguro por parte del comprador y, por tanto, el vendedor no se puede beneficiar del seguro.

### 2.3. Seguro «sell-buy flip»

La principal característica de los seguros que se estructuran como *sell-buy flip* es que el proceso de contratación es compartido entre el vendedor y el comprador. El vendedor que quiere vender una empresa o un activo comienza el proceso poniéndose al habla habitualmente con un mediador de seguros especializado, el cual contacta con posibles aseguradoras. Las aseguradoras, previa firma de un contrato de confidencialidad, tendrán acceso a los detalles de la operación. El mediador preparará una solicitud de ofertas proporcionando información sobre el activo en venta y los detalles de la operación y muy posiblemente un borrador de SPA. A la luz de dicha información, las aseguradoras presentarán ofertas indicativas que el vendedor valorará, normalmente con el asesoramiento del mediador, para decantarse finalmente por una de ellas. A la aseguradora que haya hecho la mejor propuesta se le dará acceso pleno al *data room* y al proceso de *due diligence*. Es también habitual que el vendedor se comprometa a reembolsar a la aseguradora los costes que tenga en la operación en el caso de que finalmente no se concierte el seguro.

En la oferta de venta del vendedor se preverán la existencia de un seguro de R&W y sus condiciones principales. Una vez que haya un comprador interesado con quien se empiecen las negociaciones finales, será el comprador el que continúe el proceso con la aseguradora y, muy frecuentemente también, con el mediador de seguros. Es en este momento cuando la aseguradora comienza la revisión más detallada de la información disponible y de los informes de auditoría que prepare el propio comprador. La aseguradora en ese momento elaborará una serie de preguntas dirigidas tanto al equipo de directivos del comprador sobre las circunstancias de la compra como a los equipos de *due diligence* contratados por el comprador (los denominados *underwriting questionnaire*). La aseguradora únicamente seguirá adelante con la contratación del seguro cuando se dé una cumplida contestación a dichas preguntas y la aseguradora considere que el comprador ha efectuado un proceso adecuado de *due diligence* y los informes han servido para evaluar adecuadamente el



objeto de la compraventa y sus posibles riesgos. Por lo general, cualquier riesgo sobre el que la compradora ya tenga conocimiento quedará excluido de la cobertura, puesto que el seguro de R&W cubrirá contingencias, pero no los problemas, incidencias o carencias de la empresa objetivo que ya hubieran sido detectados por la compradora en su proceso de revisión.

El comprador finalmente negociará un contrato de seguro de R&W con la aseguradora que cubra los riesgos de la compraventa.

Es muy posible que gran parte de los pasos descritos en este proceso se den en la contratación de las otras modalidades de seguro de R&W, pero la exposición anterior lo que pretende es mostrar la secuencia completa pasando por vendedor y comprador.

Cuando los seguros se estructuran de esta forma, la participación del vendedor en la configuración del seguro de R&W es superior, de modo que los vendedores tienen una cierta influencia en la redacción del contrato de seguro y exigen que el SPA haga expresa referencia a la existencia de una cobertura a través del citado seguro que los exonere o que reduzca sensiblemente su régimen de responsabilidad contractual. En contraprestación, los vendedores suelen ser quienes abonan enteramente o una gran parte de la prima debida a la aseguradora.

*José Puente Orench*

---

## La distribución de productos financieros en forma de seguros

### 1. Introducción

El hecho de la aplicación, inicialmente prevista a partir del día 31 de diciembre del 2016 y recientemente retrasada un año, del *Reglamento (UE) 1286/2014*, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre del 2014, sobre los documentos de datos fundamentales relativos a los productos de inversión minorista y los productos de inversión basados en seguros (PRIIPS), unido a otros factores como la aprobación de la *Directiva (UE) 2016/97* del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre la distribución de seguros; la *Resolución de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones de 18 de noviembre del 2016*, por la que se da publicidad a las «Directrices de la Autoridad Europea de Seguros y Pensiones de Jubilación (EIOPA) sobre procedimientos de gobernanza y vigilancia de productos para las empresas de seguros y los distribuidores de seguros»; las malas prácticas en materia de contratación de seguros de vida-ahorro-inversión reflejadas en la última «Memoria anual del servicio de reclamaciones de la Dirección de Seguros y Fondos de Pensiones» y algún reciente pronunciamiento del Tribunal Supremo sobre los seguros



*unit linked* han vuelto a poner de actualidad la cuestión de la forma de comercialización de los productos financieros basados en seguros.

No es ajeno a esta cuestión el fenómeno de la bancarización de la mediación de seguros. En efecto, se trata de un fenómeno, bastante generalizado en Europa, que responde a la tendencia actual de proceder a una comercialización integrada de los servicios financieros; ello produce como consecuencia una integración de la actividad aseguradora en la estructura organizativa de la actividad bancaria que resulta conveniente tanto para los bancos —que buscan la entrada en un negocio alternativo— como para las compañías de seguros —que consiguen nuevos canales de comercialización—. A la extensión de este fenómeno contribuye, por una parte, la gran similitud entre determinados tipos de productos como, por ejemplo, los planes de pensiones o los seguros de vida ahorro y los productos bancarios de ahorro inversión y, por otra, las ventajas fiscales que presenta el seguro de vida-ahorro. Hay que tener también presente a este respecto que la banca está liderando el proceso de desintermediación financiera al controlar los recursos captados por la actividad aseguradora y tener como principal factor de éxito y competitividad la extensión y cualificación de su red de distribución. En este contexto se sitúa la figura de los operadores de banca-seguros (creados por la Ley 26/2006, de Mediación de Seguros y Reaseguros Privados), que, como es sabido, son entidades de crédito o sociedades mercantiles especiales controladas o participadas por alguna entidad de crédito que operan como agentes de seguros por cuenta de una o de varias compañías de seguros.

## **2. Cuestiones que plantea la distribución de productos financieros en forma de seguros**

Las principales cuestiones que plantea la comercialización de productos financieros en forma de seguros son las dos siguientes: en primer lugar, la relacionada con la naturaleza jurídica del producto que se comercializa y, en segundo lugar, la relativa a los requisitos legal y jurisprudencialmente exigidos para su comercialización. Ambas cuestiones se analizan a continuación.

## **3. La naturaleza jurídica de los denominados *seguros de vida-ahorro-inversión***

Se trata, por lo general, de seguros de vida en los que la entidad aseguradora invierte las primas en fondos de inversión o activos financieros. En esta modalidad de seguros el tomador del seguro asume el riesgo de la inversión, de manera que la rentabilidad dependerá del valor de los activos objeto de la inversión en el momento del cobro de la prestación. Este tipo de productos presenta unas ventajas de tipo patrimonial tales como la segregación del patrimonio familiar —de modo que, por su propia naturaleza, el seguro no se integrará en la herencia— y la atribución del carácter complementario de la pensión de jubilación, y ventajas de tipo fiscal, puesto que tributan como seguros con diferimiento de la renta generada hasta su percepción.

La cuestión planteada en relación con este tipo de productos es la relativa a su naturaleza jurídica, es decir, si se trata de contratos de seguro de vida o, por el contrario de contratos



financieros. A este respecto, la jurisprudencia ha venido afirmando, fundamentalmente en litigios relacionados con la modalidad de seguros *unit linked*, que, para que estos productos puedan considerarse seguros de vida, precisan de la concurrencia de los siguientes requisitos: a) la existencia de un riesgo cierto sobre la vida de una persona (riesgo de muerte o de supervivencia); b) la utilización por la entidad comercializadora de criterios y bases técnicas actuariales referidas a la esperanza de vida del asegurado para determinar el alcance de la prestación (frecuencia e intensidad del riesgo, datos biomédicos del asegurado referentes a la edad, sexo, salud, profesión y tipo de vida habitual); c) la existencia de un desplazamiento del riesgo del asegurado a la entidad aseguradora a cambio de una prima adecuada y suficiente; d) la presencia de un interés técnico adecuado a las circunstancias del seguro (expectativas de rentabilidad). Si el producto carece de estos elementos, el seguro carecerá de causa y, en consecuencia, será nulo (*vid.* especialmente las sentencias del Tribunal Supremo de 12 de marzo del 2015 y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 1 de marzo del 2012).

Finalmente hay que señalar que, si no existe seguro por falta de causa ya que no hay un verdadero desplazamiento del riesgo, el producto se calificará de financiero y esta calificación traerá como consecuencia que su comercialización por una compañía de seguros se considerará una operación prohibida por el artículo 5 de la Ley 20/2015, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras [LOSSEAR] (recordemos que las entidades aseguradoras son sociedades con objeto social exclusivo). Tal consideración generará su nulidad y su tipificación como una infracción administrativa sancionable. La nulidad determinará asimismo la devolución de los beneficios fiscales obtenidos por la tributación del producto como una operación de seguro.

#### **4. Los requisitos exigidos para la comercialización de productos de inversión en forma de seguro**

La determinación de los requisitos exigidos para la comercialización de esta modalidad de productos es una cuestión que ha sido ampliamente debatida en los últimos tiempos tanto desde un punto de vista normativo y jurisprudencial como desde su aplicación en la práctica.

La cuestión objeto de debate se centra fundamentalmente en establecer de una forma clara y precisa si se aplica la normativa que regula la protección del inversor minorista o la normativa general de la comercialización de seguros y la específica de la mediación de seguros. En relación con esta cuestión conviene referirse, en primer lugar, a la normativa europea y española a este respecto y exponer, posteriormente, las posiciones adoptadas con carácter general por la jurisprudencia y la práctica de la distribución de seguros.

##### *4.1. La normativa reguladora*

La regulación de la comercialización de productos financieros en general comprende normas comunitarias europeas y normas nacionales referidas tanto a la comercialización de productos de inversión como a la distribución de seguros. Esta normativa



está integrada fundamentalmente por la Ley 26/2006, de Mediación de Seguros y Reaseguros Privados; el Reglamento (UE) núm. 1286/2014, sobre los documentos de datos fundamentales relativos a los productos de inversión minorista vinculados y los productos de inversión basados en seguros, y la Resolución de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones de 18 de noviembre del 2016, que hace suyas la Directrices de la EIOPA sobre procedimientos de gobernanza y vigilancia para las empresas de seguros y los distribuidores de seguros. De especial interés resulta la Directiva (UE) 2016/97, sobre distribución de seguros, cuya transposición motivará una importante modificación o una derogación de la Ley 26/2006.

La Ley 20/2015, de ordenación supervisión y solvencia de entidades aseguradoras y reaseguradoras (LOSSEAR), y la Orden ECC/2316/2015, sobre obligaciones de información y clasificación de productos financieros, no se aplican a los productos sujetos al reglamento anteriormente citado.

La regulación contenida en estas normas se centra fundamentalmente en dos aspectos: la información previa a la celebración del contrato que hay que facilitar al cliente en atención a sus circunstancias personales y el asesoramiento prestado a éste en relación con el producto que vaya a contratar.

Por lo que respecta a estas cuestiones, hay que señalar que el Reglamento (UE) núm. 1286/2014, cuya entrada en vigor ha sido aplazada, obligará a los creadores del producto a elaborar un documento de datos fundamentales breve, conciso, claro y de fácil lectura, que contendrá la siguiente información: a) la denominación del producto, la identidad de su productor, la información sobre la autoridad competente de control del productor y la fecha del documento; b) la advertencia de que se trata de un producto complejo de difícil comprensión; c) los siguientes apartados: 1) *¿Qué es este producto?* En él se describen la naturaleza y características del producto, los objetivos y medios para lograrlos, el devengo de las prestaciones contratadas y el tipo de inversor minorista al que va dirigido. 2) *¿Qué riesgos corro y qué podría obtener a cambio?* En éste se detallan los riesgos, los escenarios de rentabilidad y la existencia de garantías. 3) *¿Cuáles son los costes?* Donde se especifican los costes directos e indirectos, así como los derivados de la distribución. 4) *¿Cuánto tiempo debo mantener la inversión? y ¿puedo retirar dinero de manera anticipada?* Aquí se detallan los plazos de la inversión y las condiciones de ejercicio de los derechos de rescate, renuncia o rescisión. 5) *¿Cómo puedo reclamar?* En él se especifica a quién se puede reclamar y las vías de reclamación; y d) *Otros datos de interés*, en el que se informa al inversor sobre datos y documentos adicionales. Por *producto de inversión basado en seguros* se entiende aquel seguro que ofrece un valor de vencimiento o rescate que está expuesto en todo o en parte, directa o indirectamente a las fluctuaciones del mercado.

Complementando esta información, la Resolución del Dirección General de Seguros y fondos de Pensiones de 18 de noviembre del 2016 establece una serie de



directrices para las empresas de seguros y los intermediarios de seguros que diseñan los productos o que los distribuyen.

Del análisis de esta normativa puede extraerse, como conclusión, que existe una tendencia a equiparar la comercialización de los seguros de vida-ahorro-inversión con la de los productos financieros no basados en seguros (productos de inversión típicos).

#### 4.2. *La doctrina jurisprudencial*

La doctrina mayoritaria establecida por el Tribunal Supremo determina que la normativa del mercado de valores que regula la comercialización de productos financieros debe aplicarse también a la comercialización de productos de inversión basados en seguros (seguros de vida-ahorro-inversión y seguros *unit linked*), al considerar que, aunque el estándar exigido por ésta es alto, no hay ninguna razón que justifique que el tomador de un seguro de vida-ahorro-inversión esté menos protegido que el que adquiere un típico producto financiero de inversión. La consecuencia que se deriva de esta doctrina es que, en ausencia de los requisitos exigidos para la comercialización de productos financieros, la operación de seguro será nula por error o vicio en el consentimiento prestado por el tomador del seguro (*vid.* sentencias del Tribunal Supremo de 20 de enero del 2014, de 10 de septiembre del 2014; de 12 de enero del 2015, y de 1 de marzo del 2016).

#### 4.3. *La comercialización en la práctica*

La práctica de la comercialización de productos financieros basados en seguros es muy heterogénea, como lo demuestra el análisis de los documentos de solicitud de seguro o de información al cliente antes de la celebración del contrato utilizados por los mediadores de seguros y, particularmente, por los operadores de banca seguros y la jurisprudencia tanto del Tribunal Supremo como de las Audiencias Provinciales que se han ocupado del tema, por lo que resulta difícil establecer unos parámetros de actuación, aunque puede apreciarse un cierta tendencia a equiparar su comercialización a la de los productos financieros de inversión.

En este sentido, la *Guía de buenas prácticas en materia de información previa a la contratación de los seguros de vida en los que el tomador asume íntegramente el riesgo de la inversión (unit linked)*, publicada por UNESPA en junio del 2009, recomienda la aplicación de requisitos similares a los exigidos por la normativa reguladora del mercado de valores, que se concretan fundamentalmente en los dos siguientes: a) información al tomador del seguro sobre la naturaleza del producto y el riesgo, y b) consideración sobre la adecuación del producto con respecto al caso concreto del tomador del seguro. Por otra parte, la *Memooria anual del servicio de reclamaciones de la Dirección de Seguros y Fondos de Pensiones* correspondiente al año 2015 pone de manifiesto la falta de claridad en la comercialización de productos financieros basados en seguros, la cual produce



un efecto de confusión en el consumidor contratante que no acierta a distinguir si se trata de un producto bancario de inversión, un seguro de vida-ahorro o un plan de pensiones.

Ricardo Alonso Soto

## Forum GA&P

### Conectividad del vehículo y seguro: desafíos en la industria del automóvil

El pasado día 16 de febrero se celebró en la sede de Gómez-Acebo & Pombo una concurrida jornada de debate centrada en las transformaciones que la conectividad integrada en los automóviles traerá a esa industria y, por extensión, a la del seguro. Un panel de ponentes mixto permitió conocer las distintas perspectivas y preocupaciones de los sectores afectados. Representaron al ámbito del seguro la directora general de Seguros y Fondos de Pensiones, el director del Área de Seguros Generales de Unespa y el presidente de la Organización Profesional de Nuevos Corredores y Corredurías Newcorred.

La inminente incorporación de la conectividad al automóvil, quizá como paso previo y necesario al vehículo autónomo, abrirá un abanico de novedades en la conducción, entretenimiento e información interactiva que producirán consecuencias en la definición del riesgo asegurable, el diseño de los productos aseguradores, su distribución y su supervisión:

- **Riesgo asegurable.** Cuando los vehículos, por la gestión de datos masivos procedentes de diversas fuentes, puedan monitorizar el entorno y anticiparse a posibles situaciones de peligro, la siniestralidad del vehículo necesariamente disminuirá. A cambio, la identificación del elemento responsable en un accidente se complica por el concurso de diversos elementos participantes en las decisiones de la conducción: el fabricante, el proveedor de contenidos, la infraestructura viaria conectada y el conductor. Si la colisión es entre dos coches, las variables se multiplican. Además de mayor complejidad, habrán de contemplarse otros riesgos específicos de la conectividad como la interrupción de la conexión o los ciberataques.
- **Producto.** Los seguros podrán ajustarse de un modo más preciso a patrones de conducta definidos por la telemetría. Las estadísticas poblacionales tendrán un valor relativo frente a los propios datos del conductor. Las primas podrán estar alineadas con el riesgo real del asegurado. Se verificará un proceso de desmutualización de los riesgos asegurados. La función social de esa compensación intergrupual pierde terreno en favor de precios más competitivos... para los buenos *riesgos*. Los malos conductores, en el mejor de los casos, serán penalizados en precio. Habrá que estudiar mecanismos alternativos para que esos conductores expulsados del mercado tengan cobertura. ¿Y si renuncian a ser monitorizados por la aseguradora? En tal caso pesaría sobre ellos una presunción de riesgo elevado que tendría semejantes consecuencias.



- **Distribución.** La conectividad permitirá que desde el propio salpicadero del vehículo puedan contratarse seguros considerando el perfil de riesgo real del conductor. Para explotar esa posibilidad se fragmentará la cobertura según módulos de riesgo homogéneo. Así, podría haber un seguro de larga duración para las rutinas diarias y necesariamente habría que contratar seguros *ad hoc* para todo desplazamiento que se salga del perímetro de cobertura ordinario. De este modo, introduciendo el destino y el tiempo de duración del viaje, el terminal del vehículo podrá presentar una o varias ofertas teniendo presente la experiencia subjetiva del conductor y otras variables tales como las previsiones meteorológicas, el estado de las carreteras, el horario del trayecto o la densidad de tráfico. Los distribuidores tradicionales, en los seguros de tarifa plana, quizá sigan teniendo una función profesional que desarrollar; en los seguros *ad hoc*, su papel será *a priori* menos relevante.
- **Supervisión.** Si los seguros *ad hoc* se van a contratar de este modo, el valor diferencial entre las distintas opciones se limitará al precio, lo que desencadenará una durísima competencia que podría expulsar del mercado a aquellas entidades menos presentes en los comparadores de los ordenadores de los vehículos. Será necesario vigilar que las entidades sean solventes, que los estándares del servicio que se vaya a prestar sean aceptables, que todos los ciudadanos sean asegurables y que la gestión de los datos derivados de la telemetría sea respetuosa con los derechos de los asegurados. En ese contexto de conectividad no sería difícil que las autoridades de tráfico pudieran conocer en tiempo real si el vehículo está circulando sin cobertura de seguro y, en tal caso —la tecnología lo permitirá—, inmovilizar el vehículo hasta que se active la cobertura. El fraude en los seguros, en buena lógica, podrá ser más fácilmente detectable y, por tanto, evitable.

Pablo Muelas García

---

Para cualquier duda, por favor, póngase en contacto con:

**Pablo Muelas García**

Socio, Madrid  
Tel.: (+34) 91 582 91 00  
pmuelas@gomezacebo-pombo.com

**Ángel Varela Varas**

Socio, Madrid  
Tel.: (+34) 91 582 91 00  
avarela@gomezacebo-pombo.com

**Fernando Igartua Arregui**

Socio, Madrid  
Tel.: (+34) 91 582 91 00  
figartua@gomezacebo-pombo.com

**Santiago Gómez-Acebo Carvajal**

Socio, Madrid  
Tel.: (+34) 91 582 91 00  
sga@gomezacebo-pombo.com

**Enrique Ortega Carballo**

Socio, Madrid  
Tel.: (+34) 91 582 91 00  
eortega@gomezacebo-pombo.com

**Filipe Santos Barata**

Asociado senior, Lisboa  
Tel.: (+351) 21 340 86 00  
fsbarata@gomezacebo-pombo.com

Para más información, consulte nuestra web [www.gomezacebo-pombo.com](http://www.gomezacebo-pombo.com)  
o diríjase al siguiente email de contacto: [info@gomezacebo-pombo.com](mailto:info@gomezacebo-pombo.com).