

Boletín de Seguros

Coordinador:

Pablo Muelas García

Socio. Grupo de Seguros de GA_P



Sumario

| | |
|--|-----------|
| Introducción | 3 |
| — ¡Así no! | 3 |
| Análisis normativo | 5 |
| — No discriminación de personas con VIH, sida u otras condiciones de salud: análisis técnico de la reforma de la Ley de Contrato de Seguro por la Ley 4/2018 | 5 |
| — El Reglamento Delegado sobre requisitos de información y las normas de conducta en la distribución de productos de inversión basados en seguros | 11 |
| — Productos de inversión basados en seguros no complejos | 16 |
| Análisis jurisprudencial | 24 |
| — Existe relación laboral entre la entidad aseguradora y el agente exclusivo que acaba cobrando primas como actividad principal | 24 |
| — La mera existencia de un proceso judicial no justifica la inaplicación del recargo por demora del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro | 26 |
| — Precisiones sobre la delimitación del concepto de mediación de seguros | 26 |
| Pensiones | 28 |
| — Planes de pensiones paneuropeos | 28 |
| Análisis operacional | 32 |
| — La cobertura por el seguro de responsabilidad civil de las fianzas exigidas a los administradores y directivos de las sociedades mercantiles en los procesos civiles y penales | 32 |
| Forum GA_P | 35 |
| — «Novedades regulatorias, recientes y próximas, del sector asegurador y planes de pensiones» ... | 35 |

© Gómez-Acebo & Pombo Abogados, 2018. Todos los derechos reservados.

Advertencia legal: Este boletín sólo contiene información general y no se refiere a un supuesto en particular. Su contenido no se puede considerar en ningún caso recomendación o asesoramiento legal sobre cuestión alguna.

N. de la C.: En las citas literales se ha rectificado en lo posible —sin afectar al sentido— la grafía de ciertos elementos (acentos, mayúsculas, símbolos, abreviaturas, cursivas...) para adecuarlos a las normas tipográficas utilizadas en el resto del texto.

Diseño y maquetación: José Á. Rodríguez y Ángela Brea • Edición y corrección: Cristina Sierra de Grado

Introducción

¡Así no!

La reciente Ley 4/2018, de 11 de junio, por la que se modifica el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, ha sido el vehículo utilizado para introducir la última modificación de la Ley de Contrato de Seguro (LCS). Este hecho, por sí solo, suscitó gran interés, seguramente por la escasa frecuencia con la que este tipo de ajustes suceden y por el amplio consenso existente en torno a la necesidad de actualizar la precitada norma. Los trabajos preparatorios de una reforma de amplio alcance, en la legislatura 2012-2016, fueron trasladados sólo en una pequeña porción a la Ley de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras (LOSSEAR), lo que dejó una cierta sensación de «ocasión perdida» abonando la esperanza de recuperar en otro momento más propicio la parte de la reforma que se quedó por el camino.

Ese momento, desde luego, no era éste. La reciente reforma, de hecho, no corrige la regulación existente, sino que añade mediante una nueva disposición adicional una cláusula de no discriminación por razón de VIH/SIDA «u otras condiciones de salud». El propósito es muy loable, pero no la fórmula utilizada, de ahí el título de este artículo.

La técnica aseguradora se fundamenta en la diferenciación. A cada uno (prima), según su riesgo, lo cual debe ser compatible con una cierta mutualización entre ellos. La utilización de técnicas de gestión del *big data* desplaza el cálculo de la prima de una cuantía media hacia otra más individualizada, sobre todo en las renovaciones. Alrededor de esta lógica actuarial (siniestro-probabilidad-prima-beneficio) pivota el desarrollo de la industria (privada) del seguro. En los últimos tiempos, quizá por la capilaridad de los seguros, se están imponiendo por vía legal medidas «sociales» que inevitablemente desnaturalizan la técnica, quebrando sus principios básicos. Recordarán la equiparación de hombres y mujeres en las prestaciones y primas, medida introducida en el 2012 a partir de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto Test-Achats. Ya entonces se debatió esa voluntad de proscribir la diferenciación en los seguros cuando, como sabemos, la estadística y la matemática actuarial son ciencias ciegas a cualquier sesgo sospechoso. Dio igual que las mujeres tuvieran mejor prima en autos que los hombres, dada su más baja siniestralidad; el género no podía ser ya un factor de distinción. Consecuencia de esto, por ejemplo, las mujeres financian parte de la prima del seguro de autos de los hombres. Esto quizá podría tener alguna justificación cuando, como en los seguros de vida por la distinta longevidad, el género introduce una diferencia de siniestralidad consustancial, es decir, no asociada a un determinado comportamiento, lo que no es predicable en otros seguros, como el de autos, donde las prudentes pagan a los que no lo son tanto.

La equiparación forzosa de hombres y mujeres no ha sido el único antecedente de medida social introducido en el ámbito asegurador. En agosto del 2011, la no discriminación por razón de discapacidad se añadió a la Ley de Contrato de Seguro por medio de otra disposición adicional. La

prohibición abarca la denegación de acceso a la contratación, el establecimiento de procedimientos de contratación diferentes y la imposición de condiciones más onerosas.

En términos muy parecidos se pronuncia esta nueva cláusula antidiscriminatoria, en este caso, aplicable a las personas que tengan VIH/SIDA «u otras condiciones de salud».

A la espera de que alguien aclare qué se debe entender por esta última expresión entrecomillada, la pregunta que todos nos hacemos es: ¿y por qué no extender ese blindaje a otros enfermos? Tan legitimados están los unos como los otros si hacemos uso de una mínima sensibilidad social.

Suponiendo que «u otras condiciones de salud» quisiera decir cualquier otra enfermedad con capacidad de distinguir primas o determinar el acceso al seguro, habríamos ya dejado fuera de la técnica aseguradora el género y la enfermedad. En la misma línea de pensamiento, alguien podría cuestionar por qué los jóvenes tienen primas distintas a los mayores, en autos mucho más altas y en enfermedad, más bajas. ¿Por qué no extrapolar el blindaje a su caso? Este planteamiento no es un recurso retórico. Hace diez años se presentó una propuesta de directiva por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su religión, discapacidad, edad u orientación sexual. Estos ámbitos de no discriminación afectarían también al acceso a los servicios, es decir, a los seguros. Una década de negociaciones, aún no cerradas, da una buena medida del nivel de controversia que algo así ha desencadenado. La exposición de motivos de esta propuesta reconoce que la aplicación de criterios de edad o discapacidad en el sector asegurador para valorar el perfil de riesgo de los clientes no siempre representa una discriminación. De hecho, la propuesta tiene un considerando en el que se afirma que «en la prestación de servicios de seguros se recurre a factores actuariales y de riesgo ligados a la discapacidad y a la edad. Éstos no deben contemplarse como actos discriminatorios si los factores se consideran elementos clave para la evaluación del riesgo».

Género, discapacidad, VIH/SIDA, edad..., así podríamos llegar a prácticamente cualquier situación de diferenciación de prima, porque detrás de ella es posible encontrar algún argumento conectable con una causa social merecedora de intervención pública. Al final de este camino, nos hallaríamos ante un entorno de primas uniformes, con independencia del riesgo que represente cada asegurado. Huelga decir que las primas serán proporcionalmente superiores para los «buenos» riesgos, con el peligro que ello supone de activar el autoseguro (no seguro) de los asegurados con perfiles bajos de riesgo. En palabras utilizadas en la propuesta de directiva antes aludida: «si las aseguradoras no pudieran tener en cuenta en absoluto la edad y la discapacidad, los costes adicionales que de ello se derivarían correrían a cargo del resto de los asegurados, lo que redundaría en unos gastos generales mayores y en una menor disponibilidad de cobertura para los consumidores». Antes de llegar a ese horizonte de primas *constantes*, justo donde ahora nos hallamos, nos encontramos con situaciones blindadas y otras que no lo están a cuyos asegurados no cabe explicar esta diferenciación apelando al análisis técnico del riesgo, porque la aplicación de cláusulas de no discriminación da lugar a situaciones de discriminación entre los distintos riesgos asegurables.

Hecha ya la crítica, procede proponer alternativa. ¿Cómo conciliar esos fines tan loables con el respeto a la técnica aseguradora? Respuesta: separando las políticas públicas de los negocios privados. De este modo, si se juzga conveniente no discriminar en el seguro a las personas con VIH/SIDA, en lugar de trasladar la medida (su coste) a los asegurados, el ministerio competente introducirá medidas (económicas) compensatorias, ya sea para las entidades aseguradoras, ya sea para los asegurados, que permitan cubrir la brecha que genera la estricta aplicación de la técnica aseguradora. De ese modo se lanzan dos mensajes compatibles y necesarios: 1) el aseguramiento de esta persona con un determinado perfil supone una prima real de equis euros; 2) ese perfil tiene una consideración especial desde el punto de vista de la política social que le hace merecedor de una ayuda pública con la que conseguir un acceso al seguro equivalente al de otra persona sin esa particularidad. Con esta solución se consigue un doble objetivo, por un lado, se evita cargar el peso de la medida social sobre los hombros de los demás asegurados y, por otro, el debate sobre la discriminación de riesgos asegurables se sustituye, propiamente, por otro relativo a la conveniencia de aplicar medidas sociales en el ámbito asegurador a más colectivos merecedores de ellas.

Pablo Muelas García

Análisis normativo

No discriminación de personas con VIH, sida u otras condiciones de salud: análisis técnico de la reforma de la Ley de Contrato de Seguro por la Ley 4/2018

1. Introducción

La reciente Ley 4/2018, de 11 de junio, por la que se modifica el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, impacta notablemente en las entidades del ramo de la enfermedad (y asistencia sanitaria). Esta ley resulta aplicable desde el 12 de junio del 2018.

La Ley 4/2018 nació como iniciativa del Parlamento de Navarra. En su tramitación ha disfrutado de un consenso político unánime. La finalidad de esta norma es modificar tanto el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios como la Ley de Contrato de Seguro para evitar la discriminación de las personas con VIH, sida u otras condiciones de salud tanto en el acceso a la contratación de determinados negocios jurídicos —especialmente de los contratos de seguro— como en la postcontratación mediante la inclusión de cláusulas que impidan desplegar los efectos jurídicos del contrato porque la salud del contratante se halle en alguna de esas circunstancias.

Esta modificación es análoga a la disposición adicional cuarta de la Ley de Contrato de Seguro introducida en el ámbito de la discapacidad por la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad¹.

2. Las prohibiciones y su justificación

Debe precisarse que la nueva disposición adicional quinta establece dos niveles prohibitivos frente a la discriminación por VIH, sida u otras condiciones de salud:

- *Prohibición universal:*

La norma establece una prohibición genérica frente a la discriminación, de modo que constituye un mandato general ante cualquier tipo de conducta, práctica o estrategia comercial, sin exclusión. Por tanto, se somete toda la actividad de la entidad aseguradora a esta prohibición al establecer que «[n]o se podrá discriminar a las personas que tengan VIH/SIDA u otras condiciones de salud». No sólo se establece una prohibición frente a los seguros de personas —ámbito en el que las enfermedades referidas tendrán una mayor importancia—, sino que la prohibición es universal y afecta también a los seguros de daños.

- *Prohibiciones específicas:*

La norma establece un segundo estadio en el que se recogen conductas típicas de las entidades aseguradoras sobre las que, en adelante, recaerá una prohibición. Como veremos, estas conductas son, por su propia naturaleza, más habituales en los seguros de personas que en los seguros de daños:

- Denegar el acceso a la contratación:

La prohibición pretende impedir que los individuos con las circunstancias a las que antes aludíamos encuentren impedimentos a la hora de contratar seguros, ya sean de personas o de daños. En este sentido, la problemática va más allá de los seguros individuales, pues se incluyen también los seguros vinculados a otros productos. Una mayor dificultad en la contratación de estos seguros vinculados puede comprometer la adquisición del bien o servicio al que están asociados².

¹ El artículo 29.3 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social se pronuncia en similares términos.

² Son supuestos típicos de impedimentos vinculados a la imposibilidad de la contratación de un seguro, por ejemplo, la contratación del seguro de vida vinculado al préstamo hipotecario, que podría impedir el acceso a la vivienda

- Establecer procedimientos de contratación diferentes de los habitualmente utilizados por la entidad aseguradora:

La prohibición cobra sentido tras la puesta en conocimiento de la enfermedad a la entidad aseguradora por cualquier medio. En virtud de la prohibición, esta circunstancia no puede suponer la existencia de procedimientos que sean distintos a los habituales, como, por ejemplo, la desviación de la contratación por otra vía distinta (v. gr., telefónica, presencial u *on-line*) de la que la persona está utilizando.

- La imposición de condiciones más onerosas:

De la prohibición se infiere que la entidad aseguradora no podrá establecer una prima superior por el hecho de que el asegurado tenga VIH, sida u otras condiciones de salud. Sin embargo, la prohibición también puede extenderse a cualquier otro tipo de condición, como puede ser obligar al asegurado a la contratación de otros productos vinculados o garantizarle una cobertura inferior a igualdad de prima.

Cabe también precisar que, si bien la norma sólo indica que no se permiten condiciones más onerosas, lo cierto es que no se establece cuál es el elemento comparativo para saber si una condición es «más» onerosa o no. Entendemos que dicha comparación debe realizarse con respecto a los asegurados que no tengan VIH, sida u otras condiciones de salud, al igual que persigue la prohibición precedente al hacer referencia al término «habitualmente».

La nueva disposición adicional quinta de la Ley de Contrato de Seguro no prohíbe preguntar a la persona expresamente sobre si tiene o no VIH, sida u otras condiciones de salud similares con anterioridad a la contratación del seguro, por lo que no sería ilegítimo incluir tales preguntas en el cuestionario de salud, aunque, a la vista de este análisis, lo recomendable para no incurrir en ninguna actuación discriminatoria es obviar en el cuestionario cualquier pregunta tendente a obtener ese diagnóstico.

3. Excepciones

El párrafo de la disposición adicional quinta finaliza incluyendo un régimen de excepciones a las prohibiciones anteriores («salvo que se encuentren fundadas en causas justificadas,

por esta vía a las personas con el VIH, sida u otras condiciones de salud; la contratación del seguro de asistencia sanitaria o el de asistencia en viaje en el extranjero, que dificulta que las personas enfermas puedan realizar actividades de ocio o laborales en entornos internacionales; la contratación de seguros de vida con componente de inversión (v. gr., los *unit-linked*), lo cual restringe el acceso al mercado financiero y a la inversión en determinados productos financieros; la contratación de un seguro de decesos, o ser asegurado en seguros colectivos de vida, asistencia sanitaria o accidentes obligatorios para determinadas actividades deportivas o, incluso, para el ejercicio de algunos puestos de trabajo.

proporcionadas y razonables, que se hallen documentadas previa y objetivamente»). Sin embargo, la excepción es tan ambigua e imprecisa como la contenida respecto al régimen de los discapacitados.

3.1. *Qué es la discriminación*

A efectos orientativos tomamos los conceptos de discriminación que se establecen en el artículo 2 de la propuesta de Directiva del Consejo por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual (en adelante, «propuesta de directiva de igualdad»), aunque dicha propuesta no aborda específicamente supuestos de enfermedad. Interesa destacar que la exposición de motivos de esta propuesta señala que «[l]a aplicación de criterios de edad o discapacidad en estos sectores para valorar el perfil de riesgo de sus clientes no siempre representa una discriminación: depende del producto. [...] Si las aseguradoras no pudieran tener en cuenta en absoluto la edad y la discapacidad, los costes adicionales que de ello se derivarían correrían a cargo del resto de los asegurados, lo que redundaría en unos gastos generales mayores y en una menor disponibilidad de cobertura para los consumidores. La utilización de la edad y la discapacidad en la evaluación del riesgo deberá, no obstante, basarse en datos precisos y en estadísticas».

El artículo 2 del Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social ha reflejado, en lo fundamental, las definiciones de discriminación que se incluyen en el artículo 2 de la propuesta de directiva de igualdad:

- c) *Discriminación directa*: es la situación en que se encuentra una persona con discapacidad cuando es tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por motivo de o por razón de su discapacidad.
- d) *Discriminación indirecta*: existe cuando una disposición legal o reglamentaria, una cláusula convencional o contractual, un pacto individual, una decisión unilateral o un criterio o práctica, o bien un entorno, producto o servicio, aparentemente neutros, puedan ocasionar una desventaja particular a una persona respecto de otras por motivo de o por razón de discapacidad, siempre que objetivamente no respondan a una finalidad legítima y que los medios para la consecución de esta finalidad no sean adecuados y necesarios.
- e) *Discriminación por asociación*: existe cuando una persona o grupo en que se integra es objeto de un trato discriminatorio debido a su relación con otra por motivo de o por razón de discapacidad.

La doctrina del Tribunal Constitucional sobre el respeto al derecho a la igualdad y a la no discriminación se recoge, entre otras, en su Sentencia 75/1983³:

El artículo 14 de la Constitución configura el principio de igualdad ante la ley como un derecho subjetivo de los ciudadanos, evitando los privilegios y las desigualdades discriminatorias entre aquéllos, siempre que se encuentren dentro de las propias situaciones de hecho, a las que deben corresponder un tratamiento jurídico igual, pues en tales supuestos la norma debe ser idéntica para todos, comprendiéndolos en sus disposiciones y previsiones con la misma concesión de derechos que eviten las desigualdades, pues de no actuarse legislativamente de tal manera surgiría un tratamiento diferenciado a causa de una conducta arbitraria, o al menos no debidamente justificada del poder público legislativo. Sólo le resulta posible al legislador, en adecuada opción legislativa, establecer para los ciudadanos un trato diferenciado cuando tenga que resolver situaciones diferenciadas fácticamente con mayor o suficiente intensidad que requieren en su solución por su mismo contenido una decisión distinta, pero a tal fin resulta indispensable que exista una justificación objetiva y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados, cuya exigencia deba aplicarse en relación con la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo estar presente por ello una razonable relación de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida y dejando, en definitiva, al legislador con carácter general la apreciación de situaciones distintas que sea procedente diferenciar y tratar desigualmente, siempre que su acuerdo no vaya contra los derechos y libertades protegidos en los artículos 53.1 y 9.3 de la Constitución ni sea irrazonada, según deriva todo ello de la doctrina establecida por este Tribunal Constitucional en las sentencias de 10 de julio de 1981, 14 de julio de 1982 y 10 de noviembre de este último año, así como de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 23 de julio de 1968 y 27 de octubre de 1975.

3.2. Condiciones de las excepciones

Las entidades aseguradoras pueden excepcionalmente discriminar a las personas que tengan VIH, sida u otras condiciones de salud siempre que este trato desigual se funde en causas justificadas, proporcionadas, razonables y documentadas previa y objetivamente.

La acumulación de estos requisitos, jurídicamente indeterminados en muchos casos, denota una inequívoca voluntad de restringir al máximo el alcance de esta excepción a la regla general. En esta línea, ni el regulador ni el supervisor han dado pautas para interpretar en sus justos términos esta excepción, cuya virtualidad práctica se contrastará caso a caso.

³ Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) núm. 75/1983, de 3 agosto (RTC 1983\75).

A título meramente especulativo, podría entenderse como excepción (siempre y cuando se documente previamente) la exclusión de los enfermos de VIH y sida cuando los tratamientos o especialistas que les son propios no estén presentes en el catálogo de servicios o profesionales puestos a disposición de los asegurados.

4. Enfermedades afectadas

Finalmente, otro de los campos en los que existe ambigüedad e incertidumbre es el relativo al de las enfermedades afectadas por las prohibiciones. Al margen del VIH y del sida, ¿qué otras infecciones y enfermedades se incluyen en este régimen? La duda surge de la expresión «otras condiciones de salud», que parece extender el ámbito de aplicación a cualquier enfermedad o infección.

Conviene recordar que durante el proceso de tramitación parlamentaria fueron varias las enfermedades que se valoró incluir, por tener un potencial de discriminación semejante al del sida y al de la infección por el VIH⁴. No obstante, la Ley 4/2018 añade una disposición final cuarta al Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios que otorga al Gobierno un año para que presente un proyecto de ley con el listado de esas otras enfermedades. Hasta entonces, y a efectos meramente orientativos, puede tenerse en cuenta el listado de las enfermedades de declaración obligatoria contenidas en el anexo I del Real Decreto 2210/1995, de 28 de diciembre, por el que se crea la red nacional de vigilancia epidemiológica.

Pablo Muelas García y Jesús Almarcha Jaime

⁴ Por ejemplo, el señor Agirretxea Urresti, del Grupo Parlamentario Vasco (PNV), mencionó enfermedades como el cáncer o la diabetes, y el señor Fernández Díaz, del Grupo Parlamentario Socialista (PSOE), nombró enfermedades como la hepatitis C, la diabetes y la intolerancia a la glucosa.

El Reglamento Delegado sobre requisitos de información y las normas de conducta en la distribución de productos de inversión basados en seguros

1. Introducción

El Reglamento Delegado (UE) 2017/2359 de la Comisión¹ fue publicado el 20 de diciembre del 2017 y *resulta aplicable desde el momento en que la Directiva sobre la distribución de seguros sea transpuesta al ordenamiento jurídico español (ex considerando 15 de la exposición de motivos)*. Su principal cometido es establecer requisitos armonizados respecto a la información y a las normas de conducta en la distribución de productos de inversión basados en seguros en la Unión Europea. El reglamento se centra en los conflictos de intereses, el cobro de incentivos y la realización de los test de idoneidad y adecuación.

2. Conflictos de intereses e incentivos

El reglamento establece dos elementos que han de tener en cuenta los distribuidores de seguros para detectar la posible existencia de un conflicto de intereses entre el cliente y el distribuidor de seguros, una persona pertinente² u otro cliente: 1) que el interés del cliente sea distinto en el resultado de las actividades de distribución y 2) que el resultado influya en tales actividades en detrimento del cliente.

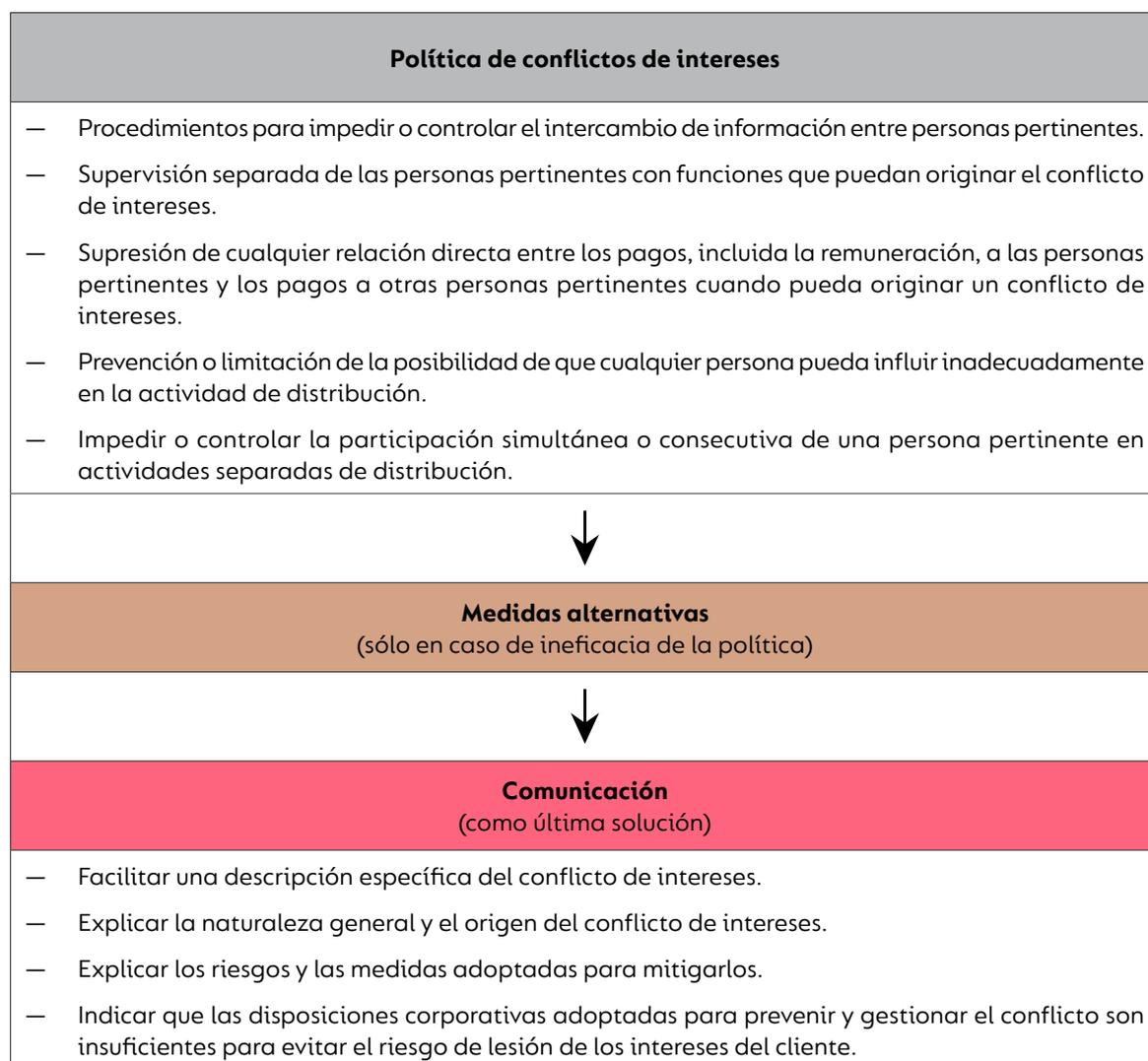
Se establecen tres casos, no excluyentes, en los que es altamente probable que exista un conflicto de intereses:

- Cuando el distribuidor de seguros, la persona pertinente u otra persona ligada tenga *un beneficio financiero o evite una pérdida financiera*, en posible detrimento del cliente.
- Cuando el distribuidor de seguros, la persona pertinente u otra persona ligada tenga *un incentivo financiero o de otro tipo* para favorecer los intereses de un cliente frente a otro.
- Cuando el distribuidor de seguros, la persona pertinente u otra persona ligada tenga *una participación significativa en la gestión o el desarrollo del producto* de inversión basado en seguros, principalmente si tiene influencia en la fijación del precio o sus costes de distribución.

¹ Reglamento Delegado (UE) 2017/2359 de la Comisión, de 21 de septiembre del 2017, por el que se completa la Directiva (UE) 2016/97 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a los requisitos de información y las normas de conducta aplicables a la distribución de productos de inversión basados en seguros.

² Por *persona pertinente* el reglamento entiende a un administrador, socio, directivo o empleado del distribuidor de seguros, una persona física cuyos servicios estén a disposición y bajo el control del distribuidor de seguros y que participe en la distribución del producto de inversión basado en seguros, o una persona física que participe directamente en la prestación de servicios al distribuidor de seguros de forma externalizada para distribuir el producto de inversión basado en seguros.

Para evitar los conflictos de intereses, *los distribuidores de seguros deben contar con una política* escrita proporcional a su tamaño y a la envergadura de su actividad, considerando también si el distribuidor forma parte de un grupo. La política, que debe revisarse al menos una vez al año, debe indicar las circunstancias que originen o puedan originar conflictos de intereses que lesionen los intereses de uno o varios clientes, así como los procedimientos y medidas que deben seguirse para gestionar tales conflictos y evitar la lesión de los intereses del cliente.



Un incentivo o sistema de incentivos se considera perjudicial para el servicio prestado al cliente cuando su naturaleza y escala induzcan a distribuir un producto sin honestidad, imparcialidad y profesionalidad en el mejor interés del cliente.

| Criterios orientadores para evaluar el posible efecto perjudicial del incentivo | |
|--|--|
| — | Si el incentivo puede inducir al distribuidor de seguros a ofrecer o recomendar un producto o servicio al cliente a pesar de que le puede ofrecer otro distinto que se ajusta mejor a sus necesidades. |
| — | Si el incentivo se basa exclusiva o principalmente en criterios comerciales cuantitativos o cualitativos. |
| — | El valor del incentivo pagado o recibido respecto al valor del producto o servicio. |
| — | La existencia de un mecanismo para exigir la devolución del incentivo en caso de extinción del producto o rescate anticipado o en caso de perjuicio para los intereses del cliente. |

3. Test de idoneidad y adecuación

| Disposiciones comunes | | |
|---|---------------------------|--|
| Se realizarán, sin perjuicio de que también deba llevarse a cabo el <i>test de exigencias y necesidades</i> del cliente (art. 20.1 de la Directiva de distribución de seguros). | | |
| La información obtenida <i>no se solicitará de nuevo al cliente</i> . | | |
| Los distribuidores de seguros tienen <i>derecho a confiar</i> en que la información facilitada por el cliente es correcta y completa, salvo que sepan o debieran saber que no lo era. | | |
| <i>Al menos anualmente</i> , los distribuidores facilitarán al cliente un <i>informe periódico</i> y en soporte duradero de los servicios que le han prestado y de las operaciones efectuadas a su cuenta, en el que se incluirán un análisis objetivo y equilibrado de cada uno, los costes totales asociados y el valor de los activos subyacentes. | | |
| Registro de los análisis de idoneidad y adecuación (conservación durante el tiempo de duración de la relación con el cliente) | Test de idoneidad | <ul style="list-style-type: none"> — Resultado del test. — La recomendación realizada y la declaración presentada. — Las modificaciones realizadas por el distribuidor (como la modificación de la tolerancia al riesgo). — Las modificaciones en los activos de inversión subyacentes. |
| | Test de adecuación | <ul style="list-style-type: none"> — Resultado del test. — Las advertencias hechas al cliente cuando el producto se considere potencialmente inadecuado para él, en caso de que el cliente haya solicitado continuar con la celebración del contrato y, en su caso, si el distribuidor la ha aceptado. — Las advertencias hechas al cliente cuando no haya proporcionado información suficiente para realizar el test, en caso de que el cliente haya solicitado continuar con la celebración del contrato y, en su caso, el distribuidor lo haya aceptado. |

3.1. Test de idoneidad

El distribuidor de seguros que preste asesoramiento (por ejemplo, los corredores de seguros) deberá recabar del cliente información suficiente como para determinar si un producto de inversión basado en seguros es o no idóneo para él. Para ello, deben tenerse en cuenta tres elementos:

- *Que cumpla los objetivos de inversión, incluida la tolerancia al riesgo* (información sobre el tiempo pretendido en el mantenimiento de la inversión, las preferencias de asunción del riesgo, el perfil de riesgo, finalidades de la inversión, etcétera).
- *Que se adecue a la situación financiera, incluida la capacidad de soportar pérdidas* (información sobre las fuentes y nivel de ingresos ordinarios, los activos, las inversiones y bienes inmuebles, compromisos financieros ordinarios, etcétera).
- *Que el cliente tenga los conocimientos y experiencia necesarios en el ámbito de inversión del producto.*

| Normas de conducta para distribuidores | |
|---|---|
| Si no se consigue la información, el distribuidor no asesorará al cliente. | |
| Si se presta asesoramiento y <i>ningún producto resulta idóneo</i> , el distribuidor no hará una recomendación. | |
| Si se asesora <i>cambiar los activos subyacentes</i> , deberá recabarse también la información pertinente y evaluar los costes, los beneficios y las ventajas previstos. | |
| Establecer medidas que garanticen que la información facilitada por el cliente es fiable | <ul style="list-style-type: none"> — Cerciarse de que el cliente entiende la importancia de que la información sea exacta. — Que las herramientas utilizadas en el test estén adaptadas y diseñadas para ser usadas con los clientes, detectando y atenuando cualquier limitación. — Que las preguntas sean entendidas por el cliente y permitan obtener una imagen exacta de los objetivos y necesidades del cliente. — Adoptar medidas para asegurar la coherencia de la información del cliente. |
| Los distribuidores deberán informar al cliente, de forma clara y sencilla, de que el <i>motivo del test</i> es permitirle actuar en su mejor interés. | |
| Para los <i>seguros de grupo</i> , el distribuidor debe establecer una política que determine quién debe someterse al test de idoneidad y donde no quepan las adhesiones individuales. También debe incluir normas sobre el modo de realizar el test y quién recaba la información necesaria. | |

| | |
|--|---|
| <p>Declaración de idoneidad en caso de asesoramiento</p> | <ul style="list-style-type: none"> — Debe incluir un resumen del asesoramiento prestado y una explicación de los motivos de la idoneidad de la recomendación, en particular respecto a los objetivos de inversión, la situación financiera y los conocimientos y experiencia del cliente. — Debe incluirse, en su caso, información sobre la solicitud de una revisión periódica de las disposiciones adoptadas. — En caso de análisis periódicos de idoneidad, las declaraciones podrán centrarse sólo en los cambios que hubieran tenido lugar, y la revisión de la idoneidad será, al menos, anual. |
| <p>La <i>responsabilidad</i> del distribuidor pervive aun cuando utilice el <i>asesoramiento automatizado</i> o <i>semiautomatizado</i>.</p> | |

4.2. Test de adecuación

El test de adecuación requiere determinar si el cliente tiene la experiencia y los conocimientos necesarios para comprender los riesgos que implica el producto o el servicio propuesto o solicitado. El reglamento establece que un producto de inversión basado en seguros no será complejo si cumple lo siguiente:

- El valor mínimo al vencimiento garantizado contractualmente equivale al menos al importe pagado por el cliente, deducidos los gastos legítimos.
- No contiene una cláusula, condición o evento que permita a la entidad aseguradora alterar sustancialmente la naturaleza, el riesgo o el perfil de pagos del seguro.
- Establece opciones de rescate o realización del seguro por un valor conocido por el cliente.
- No incluye ningún gasto explícito o implícito que suponga que el rescate o la realización del seguro implique un perjuicio abusivo al cliente por ser el gasto desproporcionado respecto a los costes soportados por la entidad aseguradora.

Jesús Almarcha Jaime

Productos de inversión basados en seguros no complejos

1. Introducción

De acuerdo con lo establecido el apartado 3 del artículo 30 de la Directiva de Distribución de Seguros (IDD)¹, los Estados miembros pueden establecer excepciones a las obligaciones de evaluación de la idoneidad o conveniencia cuando distribuyen productos de inversión basados en seguros, siempre que se cumplan determinados requisitos (*execution only*)².

Dado que el cliente no se beneficia de la protección que le otorgan las referidas evaluaciones, la normativa establece que los distribuidores únicamente podrán vender en sólo ejecución aquellos productos de inversión basados en seguros (PIBS) que son genuinamente no complejos (art. 30.3 IDD). Por lo tanto, el distribuidor deberá analizar si se cumplen todos los requisitos y la naturaleza del producto de inversión basado en seguros. Esta catalogación del producto de seguro es una cuestión técnica y objetiva.

La normativa únicamente permite que se vendan en sólo ejecución aquellos productos de inversión basados en seguros que únicamente proporcionan una exposición de inversiones en instrumentos financieros considerados no complejos y otros productos de inversión basados en seguros no complejos.

En este artículo analizaremos brevemente los dos subtipos de productos de inversión no complejos.

2. PIBS con subyacentes no complejos

Conforme al artículo 30, apartado 3, letra a, inciso i de la Directiva de Distribución de Seguros, los productos de inversión basados en seguros pueden considerarse no complejos cuando el activo subyacente es un instrumento financiero no complejo según la MiFID II³ y no incorporan una estructura que dificulte al cliente la comprensión del riesgo implicado.

¹ Directiva (UE) 2016/97, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de enero del 2016, sobre la distribución de seguros (DO L 26 de 2 de febrero del 2016, págs. 19-79).

² Al celebrar contratos de seguro con clientes que tengan su residencia habitual o su establecimiento en un Estado miembro que no haga uso de la excepción prevista en el presente apartado, los intermediarios de seguros o empresas de seguros, incluidos los que operan en régimen de libre prestación de servicios o de libertad de establecimiento, deberán cumplir las disposiciones aplicables en dicho Estado miembro.

³ Directiva (UE) 2014/65, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo del 2014, relativa a los mercados de instrumentos financieros y por la que se modifican la Directiva 2002/92/CE y la Directiva 2011/61/UE (DO L 173 de 12 de junio del 2014, págs. 349-496).

2.1. Exposición a instrumentos financieros no complejos

La catalogación del subyacente al que se expone el cliente como un instrumento financiero complejo o no habrá de efectuarse conforme a lo dispuesto en la normativa MiFID II, tanto de primer nivel como de segundo nivel.

Conforme al artículo 25.4a de la MiFID II, los siguientes productos de inversión tienen la consideración de no complejos:

- a) acciones de sociedades admitidas a cotización en un mercado regulado o en un mercado equivalente de un tercer país o en un sistema multilateral de negociación, excluidas las acciones en instituciones de inversión colectiva distintas de los organismos de instituciones de inversión colectiva y las acciones que incorporen derivados;
- b) bonos y obligaciones u otras formas de deuda titulizada, admitidas a negociación en un mercado regulado, en un mercado equivalente de un tercer país o en un sistema multilateral de negociación, excluidas las que incorporen derivados o una estructura que dificulte al cliente la comprensión de los riesgos en que incurre;
- c) instrumentos del mercado monetario, excluidos los que incluyan derivados o incorporen una estructura que dificulte al cliente la comprensión de los riesgos en que incurre;
- d) participaciones y acciones en organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios (OICVM), excluidos los productos estructurados que se indican en el artículo 36, apartado 1, párrafo segundo, del Reglamento (UE) 583/2010;
- e) depósitos estructurados, excluidos aquellos que incorporen una estructura que dificulte al cliente la comprensión de los riesgos en que incurre en lo que respecta al rendimiento o al coste de salida del producto antes de su vencimiento;
- f) otros instrumentos financieros no complejos.

La normativa de primer nivel no establece un *numerus clausus*; incluyó entre los instrumentos financieros no complejos otros instrumentos y ciertos depósitos estructurados (que no son por definición instrumentos financieros), así como determinados conceptos que dificultan la catalogación.

La normativa de segundo nivel de la MiFID limita qué otros instrumentos pueden tener la consideración de instrumentos financieros no complejos.

De acuerdo con lo establecido en el Reglamento Delegado MiFID II⁴, se considerarán no complejos los instrumentos financieros que cumplen todos y cada uno de los siguientes requisitos:

- a) que existan frecuentes posibilidades de vender dicho instrumento, obtener su reembolso o realizarlo de algún otro modo a precios públicamente disponibles para los participantes en el mercado y que sean precios de mercado o precios ofrecidos o validados por sistemas de evaluación independientes del emisor;
- b) que no impliquen responsabilidad real o potencial alguna para el cliente que exceda del coste de adquisición del instrumento;
- c) que no incluyan una cláusula, condición o evento desencadenante que pueda modificar sustancialmente la naturaleza o el riesgo de la inversión o el perfil de pagos, como las inversiones que conlleven un derecho de convertir el instrumento en una inversión distinta;
- d) que no incluyan gastos de salida explícitos o implícitos que tengan por efecto convertir la inversión en ilíquida aun cuando existan posibilidades técnicamente frecuentes de venderla, obtener su reembolso o realizarla de algún otro modo;
- e) que exista información a disposición del público sobre sus características suficientemente completa y que pueda entenderse fácilmente, de modo que el cliente minorista medio pueda formarse un juicio informado sobre la oportunidad de llevar a cabo una operación con ese instrumento.

La referida norma técnica también establece expresamente que no pueden tener consideración de instrumentos financieros no complejos los siguientes:

- 1) los contratos de opciones, futuros, permutas (*swaps*), acuerdos de tipos de interés a plazo (FRA) y otros contratos derivados, como los instrumentos financieros derivados para la transferencia del riesgo de crédito (CDS) y los contratos por diferencias (CFD);
- 2) los valores que den derecho a adquirir o a vender otros valores negociables o que den lugar a una liquidación en efectivo determinada por referencia a valores negociables, divisas, tipos de interés o rendimientos, materias primas u otros índices o medidas.

⁴ Reglamento Delegado (UE) 2017/565, de la Comisión, de 25 de abril del 2016, por el que se completa la Directiva 2014/65/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo relativo a los requisitos organizativos y las condiciones de funcionamiento de las empresas de servicios de inversión y términos definidos a efectos de dicha directiva (DO L 78 de 31 de marzo del 2017, págs. 1 a 83).

2.2. Dificultad de comprensión por el cliente

La Autoridad Europea de Seguros y Pensiones de Jubilación (más conocida por sus siglas en inglés EIOPA) ha aclarado el segundo requisito para que un producto de inversión basado en seguros cuyo subyacente es un instrumento financiero no complejo según la MiFID II sea considerado no complejo.

Estas directrices aclaran cuándo se incorpora una estructura que dificulta al cliente la comprensión del riesgo⁵:

A. Unilateralidad y discrecionalidad de la entidad aseguradora

Los distribuidores de seguros deben entender que una estructura dificulta la comprensión de los riesgos implicados cuando el contrato de seguro incluya cláusulas, condiciones o supuestos que permitan a la entidad aseguradora modificar materialmente la naturaleza, el riesgo o su contraprestación (*pay out*)⁶.

Las directrices parten de la idea de que existe un mayor riesgo de comprensión por parte de los clientes cuando la entidad aseguradora puede llevar a cabo modificaciones unilaterales de importancia que afecten a estos elementos. Los contratos que incorporen estipulaciones que permitan a la entidad aseguradora cambiar unilateralmente las ventanas de liquidez u otros términos que afecten a la posibilidad de que el cliente tenga acceso a los beneficios de su inversión se deberán considerar complejos. No implican un mayor riesgo las estipulaciones que permiten al cliente tomar decisiones de inversión o ejercer otras opciones no complejas sobre las características del producto de inversión, como el tipo de activo que ha de recibir el cliente en la fecha de vencimiento.

B. Disponibilidad del importe del valor de rescate

Las estructuras que hacen que sea difícil para el cliente comprender el riesgo que implica rescatar el seguro también conllevan que un producto sea considerado complejo. El cliente debe tener la posibilidad de conocer el valor al cual podría rescatar el seguro para que el producto de inversión no sea considerado complejo. Las directrices no exigen que el valor de rescate esté a disposición del público, sino que esté disponible para el cliente. No se requiere que el valor de rescate esté disponible a tiempo real, sino que basta que este valor esté disponible a petición del cliente, siempre que se calcule conforme a lo pactado por las partes en el contrato de seguro.

⁵ Documento EIOPA-17/651. Disponible en español en: https://eiopa.europa.eu/Publications/Guidelines/EIOPA-17-651_IDD_guidelines_execution_only_final_ES.pdf.

⁶ Las directrices tratan el perfil de pagos, pero esta referencia debe entenderse efectuada a la contraprestación de la entidad aseguradora en el contrato de seguro de vida: el pago de una suma o una renta periódica.

C. Penalizaciones desproporcionadas en caso de rescate

Las penalizaciones en caso de rescate son generalizadas en este sector. Las estructuras que incluyan costes y gastos explícitos o implícitos que causen un perjuicio irrazonable en el cliente hacen que el producto haya de catalogarse como complejo por el distribuidor. Las directrices consideran complejos todos aquellos seguros que incluyen cláusulas de rescate que permiten el rescate técnicamente, pero suponen cargos que son desproporcionados con respecto al coste que para la entidad aseguradora supone el ejercicio del rescate por parte del cliente (incluidas las penalizaciones fiscales).

D. Mecanismos para la determinación de valores

Los distribuidores de seguros deben también evaluar los efectos de los mecanismos establecidos para determinar el pago en el momento de la muerte del asegurador, el valor en la fecha de vencimiento o en caso de que el cliente ejerza su derecho de rescate, y si esto dificulta que el cliente entienda los riesgos implicados.

Las directrices indican que las siguientes estructuras que se consideran complejas:

- 1) Las estructuras en las que estos valores dependan de variables establecidas por la propia entidad aseguradora, cuyos efectos son difíciles de entender por el cliente:

El distribuidor habrá de valorar cómo la discrecionalidad de la entidad aseguradora impacta en estos valores. La existencia de cierta discrecionalidad en determinados productos de seguro no ha de conllevar que automáticamente el producto de inversión basado en seguros sea considerado complejo.

En algunos Estados miembros existen leyes nacionales específicamente destinadas a salvaguardar los intereses de los tomadores de las pólizas, que definen el importe de las participaciones en beneficios o cómo ha de calcularse. En los casos en los que la participación en beneficios está determinada en la normativa nacional no es necesario evaluar la complejidad.

- 2) Las estructuras en las que estos valores se basen en diferentes tipos de exposiciones o estrategias de inversión, cuyos efectos combinados son difíciles de entender para el cliente:

Los clientes pueden encontrar difíciles de comprender los efectos combinados que pueden tener diferentes tipos de exposiciones o estrategias de inversión. La complejidad derivaría no de la exposición a varios instrumentos financieros, sino

de la relación entre la exposición subyacente a la inversión y la contraprestación que ha de realizar la entidad aseguradora en virtud del contrato.

Algunos ejemplos de productos donde este análisis se considera muy relevante dada la dificultad para el cliente de comprender los riesgos serían los denominados productos «híbridos», los productos en los que puede haber una gama de opciones de inversión subyacentes, los productos en los que es posible seleccionar múltiples estrategias de gestión de activos en diferentes momentos durante la vigencia del contrato y los productos que proporcionan una exposición apalancada a inversiones subyacentes.

- 3) Las estructuras en las que estos valores puedan variar con frecuencia o notablemente en diferentes momentos durante la vigencia del contrato de seguro, ya sea porque se cumplen ciertas condiciones de umbral predeterminadas o porque se alcanzan ciertos hitos⁷.
- 4) Las estructuras en las que estos valores están sujetos a condiciones o limitaciones temporales, cuyos efectos son difíciles de entender para el cliente⁸:

La existencia de una garantía de estos valores puede ser una característica muy importante del producto para el cliente y reducir significativamente su exposición al riesgo. Sin embargo, las garantías también pueden generar complejidad si se establecen determinadas condiciones para que se puedan ejercer y el cliente pueda beneficiarse de ellas. Por lo tanto, la naturaleza de cualquier garantía debe ser considerada al evaluar si un producto incorpora una estructura que haga que sea difícil para el cliente comprender los riesgos. El término *garantía* puede generar determinadas expectativas en los clientes, que pueden dar por sentado que la garantía no se encuentra sujeta a ninguna condición.

E. Dificultad de comprensión de los costes

Como parte de la evaluación de si el contrato de seguro incorpora una estructura que dificulta al cliente la comprensión de los riesgos implicados, los distribuidores también deben analizar si es probable que el cliente no comprenda fácilmente los costes, en particular, la condiciones en las que los costes pueden cambiar

⁷ Esto no incluye cambios en el valor de vencimiento o rescate o pago en el momento de la muerte debido al pago de bonificaciones discrecionales.

⁸ Esto no incluye cambios en el valor de vencimiento o rescate o pago garantizados en el momento de la muerte debido al pago de bonificaciones discrecionales.

significativamente durante la vigencia del contrato, incluso en función del rendimiento de la inversión⁹.

Al evaluar si es probable que el cliente no entienda fácilmente los costes, una cuestión relevante que considerar es si el importe que se va a cobrar puede ser determinado fácilmente por el cliente en función de la información facilitada. En cuanto a las condiciones en las que los costes pueden cambiar significativamente durante la vigencia del contrato, sería necesario considerar si el cliente puede comprender la causa de estas modificaciones, por ejemplo, debido a la superación de umbrales predeterminados o al transcurso de un determinado periodo de tiempo.

F. Determinación del beneficiario

Cuando existan disposiciones contractuales que permitan al cliente utilizar una redacción no estándar para definir a la persona que recibe los beneficios al final de la relación contractual (cláusula de beneficiario) y esa redacción pueda generar dificultades para identificar al beneficiario y para que el beneficiario reciba efectivamente el pago cuando muera el asegurado, el intermediario de seguros o la entidad aseguradora debe considerar que existe una estructura que dificulta al cliente la comprensión de los riesgos implicados.

Esta directriz no debe tener la intención de evitar que los clientes elijan libremente un beneficiario o el uso de una redacción no estándar para identificar al beneficiario. Por el contrario, dicha disposición tiene como objetivo reconocer y alertar al distribuidor del hecho de que el cliente puede definir al beneficiario utilizando una redacción estándar, sin el asesoramiento del distribuidor sobre si la redacción es coherente con los deseos del cliente, y esto puede conducir a una situación en la que el beneficiario no pueda recibir la contraprestación de la entidad aseguradora¹⁰.

3. Otros PIBS

Aunque el producto de inversión basado en seguros no se pueda encuadrar dentro del objeto de la excepción que hemos analizado en el apartado anterior, el distribuidor podría distribuir el producto de inversión en sólo ejecución si puede catalogarse como otro producto no complejo y se cumplen los restantes requisitos (art. 30.3a.ii IDD).

⁹ Cuando los costes se basan directamente en leyes nacionales destinadas específicamente a salvaguardar los intereses de los clientes, no debe considerarse que existe una estructura que dificulta al cliente la comprensión de los riesgos implicados.

¹⁰ En su informe final sobre las directrices EIOPA, pone como ejemplo que en determinadas jurisdicciones la utilización de cláusulas no estándar puede tener efectos no deseados cuando se designa como beneficiario a una persona (mi marido, el señor equis), dado que puede ocasionar que, en caso de fallecimiento de dicha persona, los herederos del beneficiario no reciban la contraprestación del seguro como habría deseado el tomador del seguro, que puede haber fallecido también.

La normativa intenta que la catalogación de todos productos de inversión basados en seguros que se puedan vender en sólo ejecución guarde cierto paralelismo, por lo que las disposiciones son en gran medida simétricas y las normas técnicas que desarrollan las normas de primer nivel y las directrices tratan de seguir los mismos principios.

De conformidad con lo establecido en artículo 16 del Reglamento Delegado IDD¹¹, un producto de inversión basado en seguros no se considerará complejo si cumple las siguientes condiciones:

- a) si comporta un valor mínimo al vencimiento garantizado contractualmente que equivalga al menos al importe pagado por el cliente, una vez deducidos los gastos legítimos;
- b) si no incorpora ninguna cláusula, condición o evento desencadenante que permita a la entidad aseguradora alterar sustancialmente la naturaleza, el riesgo o el perfil de pagos del producto de inversión basado en seguros;
- c) si establece opciones para rescatar o realizar de algún otro modo el producto de inversión basado en seguros por un valor conocido;
- d) si no incluye ningún gasto explícito o implícito que determine que, aunque técnicamente existan opciones para rescatar o realizar de algún otro modo el producto de inversión, dicho rescate o realización pueda causar perjuicios abusivos para el cliente por ser los gastos desproporcionados con respecto a los costes para la entidad aseguradora;
- e) y si no incorpora de ninguna otra manera una estructura que dificulte al cliente la comprensión de los riesgos inherentes.

La exposición del cliente a un instrumento financiero complejo puede llegar a ser una cuestión sin mayor importancia si atendemos a lo previsto en los informes de la Autoridad Europea de Seguros y Pensiones de Jubilación (EIOPA), puesto que cabe la posibilidad de que un producto de inversión basado en seguros sea no complejo aunque tenga como subyacente un instrumento financiero complejo.

Una cuestión importante para que el instrumento se considere no complejo tendrá que ver con la naturaleza de las garantías proporcionadas por la entidad aseguradora. El cliente deberá recibir al menos el importe de las primas que haya pagado, menos los gastos legítimos. Cuando

¹¹ Reglamento Delegado (UE) 2017/2359, de la Comisión, de 21 de septiembre del 2017, por el que se completa la Directiva (UE) 2016/97, del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo que respecta a los requisitos de información y a las normas de conducta aplicables a la distribución de productos de inversión basados en seguros (DO L 341 del 20 de diciembre del 2017, págs. 8-18).

la entidad aseguradora proporciona una garantía con respecto al rescate y al valor al vencimiento, el cliente no está completamente expuesto a los instrumentos financieros en los que la entidad de seguros ha invertido o con los que los beneficios del cliente están vinculados, por lo que se podría considerar el producto no complejo si además se dan los restantes requisitos que establece el precepto indicado anteriormente.

José F. Canalejas Merín

Análisis jurisprudencial

Existe relación laboral entre la entidad aseguradora y el agente exclusivo que acaba cobrando primas como actividad principal

El Tribunal Superior de Justicia de Asturias¹ ha reconocido la existencia de una relación laboral entre una entidad aseguradora y un trabajador. El relato fáctico se retrotrae al 2006, año en el que ambas partes formalizaron un contrato de agencia mediante el que el trabajador desarrollaría la actividad de agente exclusivo de la compañía. Dicha actividad se llevaría a cabo bajo un contrato mercantil, tal y como exige el artículo 10 de la vigente Ley 26/2006, de 17 de julio, de Mediación de Seguros y Reaseguros Privados (LMSRP).

Sin embargo, la actividad principal del agente exclusivo se centró fundamentalmente, del 2006 al 2015, en el cobro de primas, siendo únicamente el 2008 el año en el que obtuvo una retribución mayor por la producción de seguros que por el cobro de primas. En el 2015 la entidad aseguradora fue sancionada por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

Dicho lo anterior, el tribunal considera que realmente la actividad principal del trabajador no consistía en la mediación de seguros, sino en el cobro de recibos. Fundamenta su decisión en los siguientes argumentos:

1. La existencia de un contrato de agencia no desvirtúa la actividad realmente desarrollada de cobro de primas (*falsa demonstratio non nocet*).
2. La posibilidad de efectuar la actividad de mediación propiamente dicha contrasta con una realidad que la relega a un ámbito marginal.

¹ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias (Sala de lo Social, Sección Primera) núm. 2901/2016, de 29 de diciembre (AS 2016\1926).

3. La actividad de cobro de primas no es una actividad de mediación de seguros ni complementaria de ésta, sino que es la actividad principal, casi exclusiva y organizada de forma independiente.
4. Las actividades de objeto directo de las entidades aseguradoras, como el cobro de primas, no pueden realizarse mediante un trabajo autónomo al margen de lo dispuesto en la Ley de Mediación de Seguros y Reaseguros Privados.
5. Existen los tres elementos esenciales de una relación de trabajo:
 - a) *Prestación personal del servicio*: el trabajador desarrollaba la actividad de cobro de primas personalmente.
 - b) *Dependencia o subordinación*: por ejemplo, la entidad aseguradora organizaba la actividad del trabajador, pues establecía los distritos y los asignaba a los distintos cobradores, en sus oficinas se entregaban las cantidades obtenidas, procuraba al trabajador la información y los recibos necesarios y supervisaba los resultados. Así, el hecho de que el trabajador tuviera flexibilidad en la prestación del servicio no constituye un elemento contrario a la idea de dependencia, ya que es la posición subordinada del trabajador y la integración de su prestación en un sistema o estructura dispuesto y controlado por la empresa lo que señala la presencia de ese carácter de dependencia o subordinación. De hecho, cada vez son más las empresas que dan a sus empleados amplios márgenes de flexibilidad para la conciliación del trabajo con la vida diaria gracias, por ejemplo, a las nuevas tecnologías.

Tampoco desvirtúa la dependencia el hecho de que el trabajador asumiera el riesgo de robo de las primas cobradas, puesto que, al margen de no acreditarse tal circunstancia, constituía un elemento aislado y extraordinario.

- c) *Remuneración*: la entidad aseguradora establecía el sistema de retribuciones y, pese a que la remuneración era a comisión por recibo cobrado, ello no desvirtúa la naturaleza de la relación laboral.

Jesús Almarcha Jaime

La mera existencia de un proceso judicial no justifica la inaplicación del recargo por demora del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro

La concisa Sentencia del Tribunal Supremo núm. 396/2017¹ trata sobre la aplicación del recargo por demora del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro.

Una compañía contrató un seguro de transporte terrestre de mercancías para asegurar el traslado de una mercancía. En medio del viaje, el camionero sufrió el robo del camión y del semirremolque, junto con toda la mercancía. Comunicado el siniestro a la entidad aseguradora, ésta tuvo dudas de que el siniestro realmente se tratara de un fraude, por lo que se querelló contra el administrador único de la compañía tomadora del seguro. El proceso penal acabó con sentencia absolutoria dictada por el Tribunal Supremo, tras la condena por parte de la Audiencia Provincial. Pese a la sentencia absolutoria, la entidad aseguradora siguió sin pagar la indemnización.

En el proceso civil la entidad aseguradora obtuvo fallos contrarios a sus pretensiones. Así, el Tribunal Supremo dictaminó, apoyándose en su Sentencia núm. 73/2017², que debía mantenerse una interpretación restrictiva del artículo 20.8 de la Ley de Contrato de Seguro para impedir que se utilizara el proceso como excusa general para dificultar o retrasar el pago debido. La mera existencia de un proceso judicial no constituye causa que justifique, por sí sola, el retraso en la indemnización o permita presumir la racionalidad de la oposición.

Así, en este caso, tras la sentencia absolutoria de la Sala Segunda del Tribunal Supremo en términos tan concluyentes, ninguna razón amparaba a la entidad aseguradora para oponerse a la consignación o al pago de la indemnización reclamada, por lo que resulta aplicable el recargo por demora. La Audiencia Provincial, por su parte, también observó que se plantearon múltiples incidentes en el proceso civil con ánimo dilatorio.

Jesús Almarcha Jaime

Precisiones sobre la delimitación del concepto de mediación de seguros

1. Introducción

La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 31 de mayo del 2018 (asunto C-542/16) tiene por objeto resolver dos cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal Supremo de Suecia en relación con la delimitación de la actividad de mediación de seguros y la normativa aplicable al asesoramiento financiero sobre inversión de capital facilitado

¹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección Primera) núm. 396/2017, de 27 de junio (RJ 2017\3041).

² Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección Primera) núm. 73/2017, de 8 de febrero (RJ 2017\475).

en el marco de una mediación de seguros relativa a la celebración de un contrato de seguro de vida.

La normativa comunitaria interpretada en este procedimiento ya ha sido derogada en estos momentos, pero resultará de gran interés para aplicar y entender correctamente la Directiva (UE) 2016/97 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de enero del 2016, sobre la distribución de seguros (IDD), y la Directiva 2014/65/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo del 2014, relativa a los mercados de instrumentos financieros (MiFID II).

2. Asunto Strobel y otros contra Länsförsäkringar

Después de que el director ejecutivo de una entidad que desarrollaba la actividad de mediación de seguros se apropiara de las cantidades entregadas por los asegurados para la suscripción de un seguro de vida de capital, la declaración de concurso del mediador de seguros y el fallecimiento de su director ejecutivo, los asegurados reclamaron una indemnización por los daños y perjuicios a la entidad aseguradora con la que el mediador de seguros había suscrito el seguro de responsabilidad civil que la normativa sueca exige para ejercer la actividad de mediación.

A pesar de que en el litigio principal la entidad aseguradora argumenta que los perjuicios sufridos no se habían producido en relación con la actividad asegurada porque los productos comercializados eran ficticios y las actuaciones del director ejecutivo no estaban comprendidas en la actividad de mediación, esta sentencia concluye que el concepto de mediación de seguros incluye la realización de trabajos previos a la celebración de un contrato de seguro, aunque el intermediario de que se trate no tenga la intención de celebrar un verdadero contrato de seguro.

De conformidad con lo previsto en este fallo jurisprudencial, la realización de trabajos previos a la celebración de contratos de seguro estaría comprendida en el concepto de mediación de seguros y no cabe interpretarlo de tal modo que se exija que las actividades previstas en la normativa deban ir acompañadas de una voluntad especial por parte del intermediario para que una actividad pueda calificarse de mediación.

La inclusión de una actividad dentro del ámbito objetivo de la normativa de mediación de seguros que se encontrara condicionada por la intención subjetiva del intermediario de seguros que la ejerce vulneraría el principio de seguridad jurídica y podría suponer que el intermediario invocara una conducta fraudulenta para eludir su responsabilidad.

3. Asunto Länsförsäkringar contra Dödsboet efter Ingvar Mattsson

En la segunda cuestión se analiza un asunto relacionado con la tradicional división en silos de la normativa de los mercados financieros, cuyos desequilibrios han sido parcialmente mitigados

por medio de la armonización horizontal de las normas de conducta aplicables a los distribuidores de seguros, las empresas de servicios de inversión y las entidades de crédito cuando comercializan productos de inversión.

En la cuestión prejudicial se plantea si el asesoramiento prestado en relación con un seguro de vida de capital que no tiene por objeto en sí mismo la celebración del contrato de seguro, sino la propia inversión en un producto estructurado vinculado al producto de seguro, se encuentra dentro del ámbito objetivo de la normativa de mediación o de la normativa del mercado de valores e instrumentos financieros.

A diferencia de otros fallos jurisprudenciales nacionales, en esta sentencia se mantiene que, cuando un intermediario proponga un producto como el seguro de vida de capital, deberá considerarse que el asesoramiento sobre la inversión del capital a que se refiere ese producto se presta con carácter accesorio, dado que dicho asesoramiento se lleva a cabo en el marco de una actividad de mediación relativa a la celebración de un contrato de seguro y no se trata de asesoramiento en materia de inversiones.

En el supuesto de que la inversión constituya una parte integrante del contrato de seguro y que el asesoramiento relativo a esa inversión esté incluido en los trabajos previos a la celebración de dicho contrato de seguro, dicho asesoramiento sobre la inversión de capital no estará sujeto a la MiFID I.

José F. Canalejas Merín

Pensiones

Planes de pensiones paneuropeos

1. El producto paneuropeo de pensión individual (PEPP) constituye una de las medidas clave anunciadas por la Comisión Europea dentro de la revisión de la Unión de Mercados de Capitales. En la actualidad, y de acuerdo con las cifras aportadas por la propia Comisión, tan sólo el 27 % de los europeos de entre veinticinco y veintinueve años ha adquirido un plan de pensiones individual. Por esta razón, se estima que con estos productos paneuropeos se conseguiría liberar un ingente potencial de ahorro, estimulando así la inversión en la economía europea. Con ellos se pretende lograr las condiciones adecuadas para desbloquear la financiación y canalizarla desde los ahorradores hacia las empresas europeas en cuanto ahorro a largo plazo.

La idea se materializa en una propuesta de reglamento sobre estos planes europeos de pensiones. De acuerdo con las indicaciones de la Comisión, el reglamento se basará en casi seiscientas contribuciones recabadas por ella en octubre del 2016 y en consulta pública sobre las pensiones individuales, habiendo subrayado la mayor parte de los participantes la insuficiente oferta actual de productos de pensiones individuales en el seno de la Unión Europea.

Para conseguir tal objetivo, los productos paneuropeos de pensión individual compartirán las mismas características básicas en toda la Unión Europea y podrán ser ofertados por una amplia gama de proveedores, tales como compañías de seguros, bancos, fondos de pensiones de empleo, empresas de inversión y gestores de activos. Y servirán para complementar las actuales pensiones de jubilación, pero no sustituirán a los sistemas nacionales de pensiones ni supondrán armonización alguna con estos últimos. La Comisión recomienda para ello que los Estados miembros otorguen el mismo trato fiscal a este producto que a los productos nacionales similares ya existentes, garantizando así un buen impulso inicial para estos nuevos productos.

Con esta iniciativa, se conseguirán varios objetivos. Por un lado, y puesto que el establecimiento de la Unión de Mercados de Capitales constituye un componente fundamental del Plan de Inversiones para Europa, se entiende que una propuesta como la descrita contribuirá a canalizar el ahorro hacia inversiones a largo plazo, lo que coadyuvará a la consecución de los objetivos del Plan de Inversiones de mejora de las infraestructuras e impulsará el crecimiento y el empleo. Por otra parte, servirá para acrecentar la competencia al permitir que los prestadores de estos servicios financieros los ofrezcan más allá de sus mercados nacionales, suponiendo un referente de calidad. Finalmente, los consumidores podrán disponer de mayores opciones al situar sus ahorros.

2. La descripción que efectúa la Comisión del mercado europeo de pensiones en la actualidad se caracteriza por su fragmentación y asimetría. La oferta se concentra en unos pocos Estados miembros, mientras que en otros es casi inexistente. Este desequilibrio en la oferta está ligado a la falta de uniformidad de las normas a nivel nacional y de la Unión Europea, lo que obstaculiza el desarrollo de un mercado de pensiones a escala europea y de gran dimensión.

Con este nuevo diseño de productos paneuropeos de pensión individual, los consumidores podrán complementar sus ahorros de jubilación de manera voluntaria y lo harán con sólidos niveles de garantía como consumidores. Entre las ventajas que la Comisión describe se encuentran las siguientes: a) disponer de una mayor capacidad de elección, ya que habrá un amplio elenco de proveedores de los productos paneuropeos y podrán obtener el provecho propio de una mayor competencia; b) beneficiarse, en cuanto consumidores, de las estrictas obligaciones de información que deberán cumplir los proveedores, así como de las normas de distribución; c) obtener las garantías propias de proveedores que deberán estar autorizados por la Autoridad Europea de Seguros y Pensiones de Jubilación para ofrecer tales productos; d) poder optar por cambiar de proveedor una vez cada cinco años, sea a escala nacional o transfronteriza, debiendo pagar una cuantía por el traslado, cuyo máximo estará regulado, o e) valerse de la

transferencia de los productos paneuropeos de un Estado miembro a otro, lo que significa poder seguir contribuyendo al suyo cuando el partícipe se traslade de un Estado miembro a otro distinto.

Para los proveedores, la Comisión también señala diferentes ventajas, entre otras, las de poder desarrollar estos productos paneuropeos en varios Estados miembros agrupando activos más eficazmente y logrando economías de escala; ofertar sus productos a los consumidores de toda la Unión Europea a través de canales de distribución electrónica; facilitar el rescate al partícipe con diferentes opciones al final de la vida útil del producto; disponer de un pasaporte de la Unión Europea para facilitar la distribución transfronteriza de los productos paneuropeos de pensión individual...

3. Acompaña a la propuesta de reglamento una recomendación de la Comisión sobre el tratamiento fiscal de estos mecanismos de ahorro. La Comisión anima a los Estados miembros a conceder a los productos paneuropeos de pensión individual el mismo trato fiscal que actualmente se dispensa a los productos nacionales análogos que ya existen, aun cuando los paneuropeos no cumplan exactamente los criterios nacionales de desgravación fiscal. Asimismo, se invita a los Estados miembros a intercambiar las mejores prácticas existentes sobre la tributación de sus actuales productos de pensiones individuales, lo que debería fomentar la convergencia de los sistemas tributarios.

Como es sabido, la normativa europea impone no sólo la abolición de toda discriminación fundada en la nacionalidad, sino la supresión de cualquier medida nacional que imponga obstáculos a las libertades garantizadas por el ordenamiento europeo. De ahí que el sometimiento a una imposición de la transferencia de derechos o fiscalidad de las futuras pensiones individuales represente una dificultad añadida a la libre circulación tanto de capital como de personas. Como ya ha señalado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, las «disposiciones que requieren que el asegurador esté establecido en un Estado miembro para que los asegurados puedan beneficiarse en él de determinadas deducciones fiscales disuaden a los asegurados de dirigirse a los aseguradores establecidos en otro Estado miembro y, por consiguiente, constituyen para éstos un obstáculo a la libre prestación de servicios» (STJUE de 28 de enero de 1992, as. 204-290, *Bachmann*, considerando 31).

4. Conviene tener presente que la Directiva 2016/2341, de 14 de diciembre (DOUE de 23 de diciembre), relativa a las actividades y la supervisión de los fondos de pensiones de empleo (FPE), ya respondía a la necesidad de operar en otros Estados miembros por medio de fondos de pensiones y dentro del mercado interior y garantizaba un elevado nivel de protección y seguridad a los partícipes y beneficiarios, bien que únicamente en relación con los planes de pensiones de empleo.

Con dicha norma se pretendía alcanzar una mínima armonización, lo que no significaba imposibilitar que los Estados miembros mantuvieran o adoptaran sus propias disposiciones

para proteger a los partícipes y beneficiarios de los planes de pensiones de empleo, siempre y cuando tales disposiciones fueran compatibles con las obligaciones de los Estados miembros en virtud del Derecho de la Unión.

Ya en su momento, el legislador europeo consideraba necesario actuar de manera adecuada para mejorar en mayor medida los planes de ahorro privados complementarios de jubilación, pero lo hacía estableciendo esta regulación acerca de los planes de pensiones de empleo —planes cuyo promotor es la empresa y figuran como partícipes los trabajadores, siendo beneficiarios quienes señalen los partícipes—. Se estimaba imprescindible adoptar medidas, toda vez que los regímenes de seguridad social están sometidos a una presión cada vez mayor, lo que significa que se recurre con más frecuencia a planes de pensiones de empleo como complemento de otros regímenes de jubilación. En este sentido, los fondos de pensiones de empleo desempeñan un importante papel en la financiación a largo plazo de la economía de la Unión y en la prestación de pensiones de jubilación seguras a los ciudadanos. Son una parte fundamental de la economía de la Unión, con activos por valor de dos billones y medio de euros en nombre de aproximadamente setenta y cinco millones de partícipes y beneficiarios —con datos aplicables al 2016—.

Para ello se facilitará la actividad transfronteriza de los fondos de pensiones de empleo y la transferencia transfronteriza de los planes de pensiones, mediante la aclaración de los procedimientos pertinentes y la supresión de obstáculos innecesarios. Si bien es cierto que las actividades transfronterizas de los fondos de pensiones de empleo se deberán entender sin perjuicio de la legislación social y laboral nacional en el ámbito de los planes de pensiones de empleo del Estado miembro de acogida que sea aplicable a la relación entre la empresa que ofrece el sistema de previsión (empresa promotora) y los partícipes y beneficiarios. Los conceptos de ‘actividad transfronteriza’ y ‘transferencia transfronteriza de planes de pensiones’ son distintos y deben estar regulados por disposiciones diferentes. Si una transferencia transfronteriza de un plan de pensiones conlleva una actividad transfronteriza, deberán resultar de aplicación las disposiciones relativas a la actividad transfronteriza. Por el contrario, si la empresa promotora y el fondo de pensiones de empleo están ubicados en el mismo Estado miembro, el simple hecho de que los partícipes o beneficiarios de un plan de pensiones residan en otro Estado miembro no constituye en sí misma una actividad transfronteriza.

5. Las normas adoptadas en torno a la supervisión de las actividades de los fondos de pensiones de empleo persiguen garantizar un elevado grado de seguridad para todos los futuros pensionistas mediante la imposición de estrictas normas de supervisión, consiguiendo de esta forma una gestión «sana, prudente y eficaz» de los planes de pensiones de empleo. Ahora la Comisión extiende esa posibilidad a otros planes de pensiones, especialmente los individuales, que podrán utilizar como referencia la experiencia de una regulación previa basada en planes y fondos de pensiones de empleo paneuropeos.

Lourdes López Cumbre

Análisis operacional

La cobertura por el seguro de responsabilidad civil de las fianzas exigidas a los administradores y directivos de las sociedades mercantiles en los procesos civiles y penales

1. Regulación

La Ley 20/2015, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras, establece, por una parte, que las entidades de seguro tienen un objeto social exclusivo, esto es, que solamente pueden desarrollar actividades de seguro que se concretan en las siguientes: seguro directo de vida y seguro directo distinto del seguro de vida, reaseguro, operaciones preparatorias o complementarias de las de seguro, actividades de prevención de daños vinculadas a la actividad aseguradora y cualesquiera otras que establezca una norma con rango de ley (art. 3); y, por otra, una serie de operaciones que se prohíben a dichas entidades, entre las que se encuentra *la prestación de garantías distintas de las propias de la actividad aseguradora* (art. 5b).

La Dirección General de Seguros, la doctrina y la práctica aseguradora han considerado que tanto el seguro de caución (regulado en el artículo 68 de la Ley de Contrato de Seguro) como la prestación de fianzas se encuadran entre las garantías que pueden prestar las compañías de seguros.

2. La práctica de la prestación de fianzas

La prestación de fianzas aparece en España habitualmente como un riesgo asegurado tanto en las pólizas de seguro de la responsabilidad civil general como en las específicas de responsabilidad civil empresarial, responsabilidad civil derivada del uso del automóvil y responsabilidad civil de administradores y directivos. También se contiene en el seguro de defensa jurídica.

Se trata de un riesgo perfectamente individualizado que puede asegurarse como complementario de otro riesgo principal, lo que como hemos indicado sucede en la mayoría de los casos, pero que nada impide que se asuma como objeto propio y exclusivo de un contrato de seguro.

Una cláusula típica de las pólizas de seguro de responsabilidad civil que incluye el riesgo de prestación de fianzas suele tener la siguiente formulación:

Riesgos garantizados: La constitución de fianzas, tanto civiles como criminales o pecuniarias, incluso las destinadas a asegurar la libertad provisional, así como el pago de los gastos judiciales que, sin constituir sanción personal, sobreviniesen a consecuencia de cualquier procedimiento criminal.

3. El ámbito de la cobertura del riesgo de la prestación de fianzas

Como anteriormente se ha indicado, la cobertura de dicho riesgo se refiere a las fianzas civiles o penales (criminales) derivadas de un procedimiento judicial de cualquier índole seguido contra una persona asegurada.

La imposición de fianzas en los procedimientos civiles no es frecuente. Suele darse, sin embargo, en aquellos procedimientos en los que la parte demandante solicita la adopción de medidas cautelares para garantizar la efectividad de la sentencia que en su momento se dicte, y el juez las impone como contragarantía para responder de los perjuicios causados a la otra parte por la medida cautelar.

Lo habitual es la imposición de fianza por el juez para garantizar las responsabilidades civiles y penales por la comisión de delitos o actos ilícitos por parte de una persona (en este caso el asegurado). Las fianzas criminales se constituyen para asegurar la libertad provisional del encausado o para garantizar las responsabilidades pecuniarias derivadas del delito.

4. La prestación de la fianza por la entidad aseguradora

La cobertura del riesgo de prestación de fianza se presenta generalmente en dos modalidades:

- La constitución de la fianza, que consiste en el depósito o pago de ésta por la entidad aseguradora.
- El pago de los costes de la fianza, que consiste en que la compañía de seguros se hace cargo del pago de la cantidad o comisión que una entidad de crédito o una entidad especializada cobra por la prestación de la fianza, no asumiendo aquélla ni el compromiso de prestarla ni las labores o gestiones encaminadas a que el asegurado la consiga.

En la primera modalidad, en la que la compañía de seguros se compromete a prestar la fianza, bastaría la presentación de una póliza de seguro que cubriera el citado riesgo y que garantizara la inmediata disponibilidad del dinero exigido como fianza para que el juez la diera por constituida válidamente (vid. arts. 746, 747.3 y 529.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y arts. 591 y 764.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). Recordemos que la póliza es, por una parte, un título que puede ser objeto de transmisión a un tercero con los efectos propios de una cesión y, por otra, un documento que, si es intervenido por un notario, lleva aparejada ejecución y, por tanto, operaría como un aval a primera demanda. La admisión de la póliza como fianza desplaza al momento de la ejecución la cuestión de la disponibilidad del dinero en efectivo por parte de la compañía de seguros.

Si la póliza de seguro garantiza en sus coberturas la prestación de fianzas, la compañía de seguros tendrá la obligación de prestarla en el plazo establecido por el juez, sin poder invocar la exclusión por razón de dolo o violación intencionada de normas (la consideración de estas exclusiones haría inviable el seguro de prestación de fianzas en los procesos penales, privando de objeto al seguro). Si la compañía de seguros no prestara la correspondiente fianza impuesta por el juez, incumpliría el contrato de seguro y sería responsable de los daños y perjuicios causados al asegurado.

En cuanto a la exclusión de la cobertura del riesgo por dolo o mala fe del asegurado hay que señalar que solamente operará cuando se produzca la sentencia condenatoria del asegurado. En este caso, la entidad aseguradora tendrá un derecho de repetición o de reembolso contra el asegurado por lo pagado como fianza o como gastos de constitución de la fianza.

5. La prestación de fianzas en el seguro de responsabilidad civil de administradores y directivos

Por último, hay que señalar que el seguro de responsabilidad civil de administradores y directivos es un seguro que contrata la sociedad (tomador del seguro) por cuenta de los citados administradores o directivos (asegurados). Así pues, la obligación que asume el asegurador es la de prestación de fianzas a los administradores y directivos de la sociedad tomadora del seguro.

Recordemos que de los actos ilícitos cometidos por los administradores y directivos en el ejercicio de sus funciones responde la sociedad; por lo tanto, los perjudicados deberán dirigir sus reclamaciones contra ésta. Posteriormente, la sociedad podrá repercutir lo pagado por los actos ilícitos de los administradores o directivos ejercitando una acción social de responsabilidad contra los administradores y un derecho de repetición contra los directivos.

Supuestos distintos del anterior son los siguientes: 1) cuando la sociedad contrata un seguro de responsabilidad por cuenta propia (la sociedad es tomadora del seguro y asegurado); 2) cuando los administradores y directivos contratan un seguro de responsabilidad por actos propios realizados al margen del ejercicio de sus funciones.

6. Conclusiones

Primera. Si una compañía de seguros decide comercializar un seguro que cubra la prestación de fianzas, tendrá que asumir la obligación de hacerlas efectivas en el momento en que sean acordadas por el juez, con independencia de que con posterioridad, si la sentencia judicial condena al asegurado por una actuación dolosa, el asegurador pueda solicitar el reembolso de las cantidades depositadas como fianza.

Segunda. No debería ser necesario que la compañía de seguros que ha dado cobertura a la prestación de fianzas por el asegurado tuviera que depositar el dinero en efectivo para constituir la fianza, sino que bastaría con la cesión de la póliza de seguro que cubriera el riesgo de prestación de fianzas siempre que ésta garantizara la liquidez inmediata de la cantidad establecida como fianza en el momento de su ejecución. Para ello, podría resultar conveniente que la entidad aseguradora, en caso de póliza no intervenida, presentara junto con ésta un documento en el que manifestara su compromiso irrevocable de afianzar al asegurado a primera demanda en cumplimiento de lo dispuesto en el contrato de seguro.

Tercera. La no prestación de fianza o la imposibilidad de materializarla por falta de liquidez supondrán un incumplimiento del contrato de seguro y la correspondiente responsabilidad de la entidad aseguradora.

Cuarta. Sería recomendable que las compañías de seguros elaboraran unas cláusulas específicas que, garantizando el riesgo de cobertura de fianzas, trataran de mitigar en alguna medida los problemas detectados, especialmente la no aceptación por los jueces de la póliza de seguro.

Ricardo Alonso Soto

Forum GA_P

«Novedades regulatorias, recientes y próximas, del sector asegurador y planes de pensiones»

El pasado 18 de abril del 2018 se celebró en la sede de Madrid de Gómez-Acebo & Pombo (GA_P) esta jornada, en la que intervinieron personas de referencia cuyos mensajes se extractan seguidamente:

Don Sergio Álvarez, director general de Seguros y Fondos de Pensiones, comenzó su intervención haciendo hincapié en la gran influencia europea en la actividad regulatoria de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones y destacó la revisión de la directiva Solvencia II, así como la próxima normativa de distribución de seguros y la de fondos de pensiones.

Respecto a Solvencia II, el director general recordó que está en curso una revisión de la regulación a nivel europeo. Sobre el sistema de gobierno (pilar II), que también se reforma, señaló que, si bien formalmente las entidades aseguradoras cumplen en su gran mayoría los requisitos, también es cierto que en muchos de estos casos el cumplimiento no trasciende de la pura formalidad. En

cuanto al pilar III, y más en concreto al informe de la situación financiera y de solvencia, el director general mencionó como novedad la circular que regula la actuación de auditores y actuarios en la revisión del informe.

La próxima entrada en vigor de la NIIF 17 supondrá un gran esfuerzo de adaptación para las entidades.

La importancia de las nuevas tecnologías aplicadas también se comentó. El ministerio está trabajando en un entorno de pruebas para las *insurtech* (y las *fintech*) que permitirá una aplicación selectiva de la normativa para analizar la viabilidad del proyecto sin toda la presión regulatoria.

Más allá de los cambios regulatorios, el señor Álvarez destacó la nueva orientación de la supervisión de seguros («diálogo supervisor»), que en la actualidad es prospectiva en lugar de reactiva.

Respecto a la estructura del supervisor, el director general la tildó de peculiar y anacrónica. España es el único país de la Unión Europea que tiene a la autoridad supervisora de seguros integrada en el Gobierno. Considera necesario revisar este modelo para favorecer la independencia de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, existiendo actualmente un proyecto que pretende dividir las funciones de la institución en dos: de un lado, las funciones de regulación y supervisión y, de otro, las funciones relativas a la protección del inversor. Cada una de ellas sería gestionada desde una autoridad independiente.

El director general concluyó su intervención haciendo referencia a la importancia de la Ley 35/2015 y de su novedosa comisión de seguimiento, que a finales de este año presentará un informe sobre la aplicación de la ley.

Don José Antonio de Paz, subdirector general de Planes y Fondos de Pensiones de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, centró su exposición en el análisis de las novedades de la Directiva (UE) 2016/2341¹ en materia de fondos de pensiones. Así, comenzó indicando que, a diferencia de Solvencia II en seguros, la Directiva IOPR II no regula el pilar I de los fondos de pensiones, sino que se centra únicamente en los pilares II y III equivalentes. La directiva se encuentra actualmente en fase de transposición y tendrá un carácter continuista con los elementos preexistentes.

Respecto al pilar II, el subdirector general, además de los aspectos más relevantes sobre los depositarios, la externalización de funciones y las inversiones, destacó las modificaciones en materia de actividad transfronteriza y la aplicación de la normativa del Estado de origen o de acogida, según

¹ Directiva (UE) 2016/2341 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de diciembre del 2016, relativa a las actividades y la supervisión de los fondos de pensiones de empleo.

cada caso. En materia de sistema de gobierno, revisó la exigencia de las políticas corporativas de las funciones clave (gestión de riesgos, auditoría interna y actuarial —no hay de cumplimiento normativo—), la política de remuneración y los requisitos de honorabilidad de la alta dirección, al igual que ocurre en el sector asegurador.

En lo concerniente al pilar III (transparencia), el subdirector general indicó los principios en materia de información a partícipes y beneficiarios. Se incentivará que dicha información se facilite en soporte informático en lugar de en papel. Se está trabajando en procurar que el mismo documento informativo que se entregue a los partícipes potenciales para los planes de pensiones individuales también se utilice para los planes de pensiones de empleo y que, en caso de que el trabajador esté interesado, use el correspondiente boletín de adhesión.

Finalmente, preguntado sobre la opción de rescate de un plan de pensiones de empleo después de diez años de la primera contribución al plan cuando éste se encuentra en un fondo de otro Estado miembro, el subdirector general opinó que dicho fondo debería respetar las premisas españolas y efectuar el pago del rescate.

Doña María Sánchez, responsable del Área de Análisis de Canales de Distribución de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, comenzó su ponencia afirmando que el plazo de transposición fue retrasado a julio del 2018, aunque es probable que entre en vigor en octubre del presente año. Asimismo, recordó que el Reglamento PRIIPS (y su normativa complementaria) se encuentra en vigor desde el 1 de enero del 2018.

Respecto al futuro real decreto sobre formación de los distribuidores de seguros, así como al futuro real decreto relativo a la información estadístico-contable, son normas en las que ya se está trabajando y entrarán en vigor a la vez que la Ley de Distribución de Seguros y Reaseguros.

La representante de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones hizo un repaso de algunas de las novedades más relevantes:

- *Comparadores de seguros*: se ha optado por no crear una categoría distinta para ellos, por lo que deben adaptarse a alguno de los tipos de mediadores de seguros que existen en la actualidad.
- *Colaboradores externos*: respecto a aquellos que sólo efectúen labores de captación de clientela, quedarán excluidos del ámbito de aplicación de la normativa de distribución de seguros siempre que no ayuden en la celebración del contrato.
- «*Call centers*»: la externalización de las funciones típicas de los *call centers* implica que éstos deban constituirse como mediadores de seguros cuando actúen para las entidades aseguradoras, ya que la figura de colaborador externo no existe para ellas (salvo que los *call centers* no ayuden a la celebración del contrato).

- *Mediadores de seguros complementarios*: se trata de una figura que ya existe en la actualidad, aunque con la nueva normativa se les dará una visión regulatoria más precisa. La representante de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones también destaca que se ha optado por aplicárseles el mismo régimen jurídico que a los demás mediadores de seguros.
- *Red de distribución de los agentes*: se reconoce la posibilidad de que exista un agente de grupo, de modo que las entidades aseguradoras del mismo grupo compartan un mismo contrato de colaboración con el agente, previa comunicación a la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones.
- *Operadores de banca-seguros*: tanto los exclusivos como los vinculados tendrán la obligación de remitir la información estadístico-contable.
- *Tipos de ventas*: todos los distribuidores deben realizar, al menos, el test de demandas y necesidades del cliente, por lo que siempre existirá *venta informada*. Por otro lado:
 - En las *ventas asesoradas* de productos de inversión basados en seguros, debe realizarse el test de idoneidad y el de adecuación. Si no se trata de un producto de inversión basado en seguros, es suficiente con la emisión de una recomendación. En la medida en que el asesoramiento en este último caso implica un análisis objetivo de un número suficiente de productos de seguros del mercado, este tipo de venta únicamente está reservada a los corredores de seguros, por definición.
 - En las *ventas no asesoradas* de productos de inversión basados en seguros, debe realizarse el test de adecuación.
 - En las *ventas cruzadas*, al margen de las nuevas pautas establecidas en la ley, debe destacarse que, cuando el seguro se venda junto con un crédito inmobiliario, un servicio de pago o un producto de inversión, se regirán por sus respectivas normativas específicas.
- *Documento de información previa (DIP)*: su contenido es meramente genérico (estándar), en la medida en que el documento debe servir a la entidad aseguradora para la comercialización del producto de forma general y a su destinatario, para comparar opciones alternativas.

Doña Esperanza Medrano, responsable del Área Jurídica de UNESPA (Unión Española de Entidades Aseguradoras y Reaseguradoras), abordó en su intervención el Reglamento Europeo de Protección de Datos (GDPR) y su impacto en el sector asegurador. La ponente comenzó indicando que la intención del sector ha sido integrar las novedades de dicho reglamento en los elementos ya existentes conforme al artículo 99 de la Ley de Ordenación, Supervisión y Solvencia de las Entidades Aseguradoras y Reaseguradoras (LOSSEAR).

El Reglamento Europeo de Protección de Datos ha introducido un nuevo concepto de consentimiento, pues éste ha sido transformado de algo simple en un elemento más heterogéneo en el que tienen cabida las nociones de interés legítimo y de procesamiento de datos. Este nuevo paradigma ha dado lugar al establecimiento de nuevos procedimientos generales para las entidades aseguradoras integrados en un código de conducta de UNESPA, el cual está dividido en dos partes: la relativa a los contratos y la concerniente a la mercadotecnia.

Respecto al tratamiento de los datos de salud, se pretende que la excepción que el reglamento establece respecto al tratamiento de datos previstos legalmente también incluya los datos de salud, conforme al artículo 99.2 de la LOSSEAR. Existe una proposición parlamentaria que persigue que dicho precepto sea reconocido como ley habilitante del tratamiento.

Asimismo, se está trabajando en un protocolo para la portabilidad de los datos de una entidad aseguradora a otra.

En materia de cesión de datos en el reaseguro y la retrocesión, la Agencia Española de Protección de Datos ha confirmado la habilitación del artículo 99.5 de la LOSSEAR.

La ponencia de la representante de UNESPA concluyó mencionando la dificultad de orden práctico que representa cumplir la obligación de eliminar los datos del cliente potencial transcurrido el plazo de diez días desde la oferta, pues existen distribuidores de seguros que conceden un plazo mayor de vigencia de ésta.

Pablo Muelas García y Jesús Almarcha Jaime

Para cualquier duda, por favor, póngase en contacto con alguno de los siguientes letrados:

Pablo Muelas García

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

Ángel Varela Varas

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

Fernando Igartua Arregui

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

Santiago Gómez-Acebo Carvajal

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

Enrique Ortega Carballo

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

Filipe Santos Barata

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

Para más información, consulte nuestra web www.ga-p.com o diríjase al siguiente e-mail de contacto: info@ga-p.com.