

# Boletín de Seguros

septiembre 2015

N.º 2



## Sumario

---

— Introducción . . . . .	2
— ¿Siguen siendo válidos los contratos <i>unit-linked</i> financieros y de seguros? . . . . .	3
— Análisis normativo . . . . .	8
▶ Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras: análisis general . . . . .	8
▶ Proyecto de Orden ECC/.../2015, relativa a las obligaciones de información y clasificación de productos financieros: visión desde la perspectiva aseguradora . . . . .	12
— Cuestiones procesales . . . . .	8
▶ La compañía aseguradora tiene legitimación activa para oponer excepciones o impugnar la cuantía de la indemnización civil, pero no para impugnar la responsabilidad penal del acusado . . . . .	19
▶ Procedimiento de designación de tercer perito en caso de desacuerdo sobre la indemnización (nuevo régimen a raíz de la Ley 5/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria) . . . . .	19
▶ Aseguramiento de la prestación de fianzas por entidades aseguradoras . . . . .	20



## Introducción

El presente número del *Boletín de Seguros* se centra esta vez en el análisis normativo y procesal. Con él se pretende mantener actualizados a nuestros lectores en las novedades más relevantes del ámbito asegurador mediante artículos de calidad elaborados por nuestros especialistas.

El espacio del artículo de cabecera está dedicado al resumen del seminario sobre contratos *unit-linked* que tuvo lugar el pasado 18 de junio del 2015 en la sede de Gómez-Acebo & Pombo de Madrid, el cual gozó de un gran éxito con la afluencia de varios representantes del sector asegurador. Sirvió para debatir los aspectos más importantes relacionados con este negocio jurídico y para esclarecer dudas y problemas que se pudieran plantear en la práctica, así como para comentar los efectos de las últimas resoluciones judiciales en esta materia.

Posteriormente se analizan las últimas normas publicadas que tienen especial relevancia en la regulación del seguro, como la Ley de Jurisdicción Voluntaria, la Ley de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras y el Proyecto de Orden ECC/.../2015, relativa a las obligaciones de información y clasificación de los productos financieros, las cuales, seguro, abrirán nuevos debates en el sector.



# ¿Siguen siendo válidos los contratos *unit-linked* financieros y de seguros?

Análisis de las SSTS de 12 de enero y 12 de marzo del 2015<sup>1,2</sup>

**Ricardo Alonso Soto**

Consejero académico  
de Gómez-Acebo & Pombo

**Ángel Carrasco Perera**

Consejero académico  
de Gómez-Acebo & Pombo

**Javier Vinuesa Magnet**

Socio del Área de Derecho Fiscal  
de Gómez-Acebo & Pombo

## 1. Supuesto de hecho

Los hijos y herederos de una persona fallecida demandan la nulidad de este seguro contratado por su progenitor con Cajamar Vida alegando:

- ausencia de causa contractual (por tanto, no es un seguro);
- donación inoficiosa en perjuicio de los herederos.

Las condiciones son peculiares:

- Prima única de 2 000 000 €.
- El tomador recibiría 2 098 428 € si sobrevive a la fecha establecida.
- En caso de muerte del tomador, la beneficiaria recibiría 2 000 600 €.

Es un contrato a dos años y el tomador-asegurado fallece a causa de un accidente a los dos meses de contratar el producto.

## 2. Pronunciamientos judiciales

El *Juzgado de Primera Instancia* declaró la nulidad del contrato por falta de causa al tratarse de un depósito bancario (operación prohibida para las aseguradoras, que sólo pueden contratar seguros y operaciones de capitalización —objeto social exclusivo—) y no de un seguro, con la consiguiente restitución al caudal hereditario de la prima única satisfecha en la cuantía que el finado satisfizo. El juez basó su argumento en un informe de la Dirección General del Seguro (DGS) que indicaba que,

debido al importe tan elevado de la prima en relación con los relativos capitales adicionales asegurados (600 € en caso de fallecimiento), se trataba de un producto de inversión más que de un contrato de seguro.

La *Audiencia Provincial* confirma la sentencia de primera instancia, pues no existe riesgo para el asegurador y, por tanto, no hay seguro.

El *Tribunal Supremo* manifiesta que, para diferenciar el seguro de vida de los productos financieros, hay que utilizar criterios y base técnica actuarial, adquiriendo mayor importancia el interés técnico en los supuestos de seguros de supervivencia. De este modo, no hay traslado del riesgo a la aseguradora, pues no se puede considerar el contrato como un seguro de vida. Cabe destacar que, para llegar a estas conclusiones, el Tribunal Supremo no pudo rebatir los hechos fijados en instancias anteriores, máxime cuando la aseguradora no desvirtuó que no existiera riesgo ni base técnica actuarial, teniendo que darse por buenos los hechos declarados probados.

## 3. Análisis

### 3.1. Naturaleza del seguro ahorro-inversión o *unit-linked*

La jurisprudencia menor<sup>3</sup> viene distinguiendo desde los años noventa dos modalidades de productos:

- los seguros de vida en los que la inversión se presenta con un carácter accesorio;
- las inversiones en las que el seguro de vida se presenta con un carácter accesorio, siendo incluso gratuito en algunos casos.

<sup>1</sup> Resumen de las ponencias del seminario celebrado en Madrid, en la sede de Gómez-Acebo & Pombo el 18 de junio del 2015.

<sup>2</sup> Redacción: Jesús Almarcha Jaime.

<sup>3</sup> SSAP Navarra de 4 de julio de 1997, AP Zaragoza de 7 de mayo del 2001, AP Vizcaya de 30 de septiembre del 2011, AP Asturias de 17 de marzo del 2014 y AP Madrid de 16 de marzo del 2015; también la STS de 15 de marzo del 2003.



El problema procede de la flexibilidad de esta institución, capaz de presentarse en múltiples formatos y de originar a veces situaciones en las que prevalece la inversión sobre la cobertura del riesgo, convirtiéndose por tanto en un producto financiero.

Los elementos esenciales de este tipo de contrato son los siguientes:

- la unión del seguro de vida con la inversión en fondos o activos financieros;
- el tomador del seguro asume el riesgo de la inversión.

Asimismo, lo que hace atractivo a este producto son las ventajas patrimoniales y fiscales que produce:

- Patrimoniales:
  - Separación del patrimonio familiar.
  - Si hay beneficiario irrevocable, la prestación que recibe no se incluye en el caudal hereditario.
  - Actúa como complemento de la pensión de jubilación.
- Fiscales:
  - Al tributar como un seguro, se difiere la tributación por los rendimientos hasta que éstos hayan sido percibidos.
  - El beneficiario, en caso de recibir la prestación, tributará por el impuesto de sucesiones y donaciones.

Los problemas que este producto origina son los siguientes:

- Desvirtúa el requisito de traslación del riesgo, pues contradice la tipicidad del contrato de seguro.
- Parece más un producto financiero de inversión que un seguro de vida.

La normativa aplicable será distinta por cuanto la tutela del inversor financiero será diferente de la tutela del

asegurado, rigiéndose la protección de uno y otro de distinto modo y siendo más permisiva la segunda.

¿Cómo considerarlo un seguro? Para ello tienen que concurrir obligatoriamente tres requisitos:

- *Existencia de un riesgo cierto* (ex art. 4 de la Ley de Contrato de Seguro o LCS): tienen que cubrir un riesgo sobre la vida (riesgo de muerte o supervivencia).
- *El riesgo debe ser valorado y cuantificado* basándose en dos elementos: frecuencia e intensidad media de producción de este tipo de siniestros. Debe tenerse en cuenta la edad, el sexo, el estado de salud, la actividad laboral, los elementos biométricos relativos a la duración esperada de la vida, el tipo de interés técnico, etc. (técnica actuarial).
- *El desplazamiento del riesgo a cambio de una prima* calculada sobre la base de la aplicación de la técnica actuarial.

### 3.2. Efectos fiscales de la declaración de nulidad

#### 3.2.1. Efectos de la sentencia desde un punto de vista fiscal/tributario:

Si la nulidad tendrá o no consecuencias tributarias es una cuestión que no está totalmente cerrada a nivel normativo o jurisprudencial. El Tribunal Económico-Administrativo y la Dirección General de Tributos<sup>4</sup> se manifestaron en favor de la existencia de efectos fiscales en caso de declaración de nulidad de un negocio jurídico.

Lo más importante dentro de esta cuestión es que el contribuyente se anticipe a la regularización antes de que sea a instancia de la Administración, evitándose así posibles sanciones.

#### 3.2.2. ¿Puede la inspección calificar o regularizar el contrato al margen de la legislación de seguros o civil en general?

El artículo 13 de la Ley General Tributaria (LGT)<sup>5</sup> otorga a la Administración plena capacidad de calificación a efectos fiscales, sin poder entrar a valorar el contrato en los aspectos civiles.

<sup>4</sup> Véase la Resolución del TEAC de 6 de noviembre del 2012 en relación con el impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados, o la contestación a consulta de la DGT V2128-07, de 8 de octubre del 2007.



La doctrina interpreta este artículo de dos formas:

- Por un lado, existen conceptos o instituciones expresamente definidos por el ordenamiento tributario en los que sólo cabe la interpretación.
- Por otro lado, existen otros conceptos o instituciones ajenos al ordenamiento tributario en los que sí cabe la calificación.

La normativa fiscal no define de forma directa lo que es un contrato de seguro, pero de forma indirecta le otorga un régimen fiscal. Esto afecta a todos los tipos de seguro, sean *unit-linked* o no, comercializados en España o en el extranjero, puesto que la tributación se lleva a cabo en nuestro país y la calificación es competencia de la Administración tributaria.

La calificación no es ilimitada; establece la jurisprudencia (*v. gr.*, SAN de 6 de marzo del 2014) que «sólo será susceptible de ser calificado en sentido propio aquello que está inadecuadamente calificado por el sujeto pasivo por existir una diferencia fácilmente apreciable entre la forma exterior del negocio y la que resulta de su proyección jurídica». Así, la Administración tributaria sólo puede entrar a recalificar si el producto es un seguro o un producto financiero cuando manifiestamente surjan dudas sobre la naturaleza jurídica del negocio.

### 3.2.3. ¿Cuáles serían las consecuencias con todos los impuestos involucrados derivados por la nulidad?

Si el seguro es nulo, habrá impacto en todos los impuestos involucrados:

- *Impuesto sobre la renta de las personas físicas*: cuando el tomador y el beneficiario coincidan. Tiene una regulación especial que permite el diferimiento de la tributación hasta el momento de la percepción de la prestación, no siendo posible aplicar

este régimen si se califica el contrato como un producto financiero o de inversión, al que habría que considerar un rendimiento del capital mobiliario que se computaría anualmente según se obtuvieran las rentas. Al tratarse de una regularización extemporánea, ello conllevaría recargos, más intereses de demora pasados los doce meses.

- *Impuesto sobre sucesiones y donaciones*: si no se trata de un seguro, se integrará la prima al caudal hereditario y se heredará un depósito en lugar de un seguro de vida. Se aplicarán las particularidades de este impuesto, incluidas las establecidas a nivel autonómico para cada heredero.
- *Impuesto sobre el patrimonio*: es el que mayor impacto tendrá sobre el seguro *unit-linked* puesto que se declarará el patrimonio por el valor de rescate. Además, en los casos en los que se declare un beneficiario con efectos irrevocables, el derecho de rescate es nulo y el valor de rescate es cero, extendiéndose así a la tributación del impuesto. Por tanto, si se califica el contrato de producto financiero de inversión, no se le otorgará a efectos de este impuesto un tratamiento como seguro de vida con un derecho de rescate de valor cero, sino que deberá constar como tal producto financiero en el impuesto.

Respecto a las retenciones, si se califica al contrato de producto financiero, al tratarse de rendimientos de capital mobiliario, está sujeto a retenciones que serán exigibles a la compañía aseguradora.

## 4. Conclusiones: preguntas y respuestas

- El artículo 4 de la Ley de Contrato de Seguro, además de determinar la nulidad de ciertos contratos u operaciones, también establece consecuencias jurídicas derivadas de aquélla, como el posible «doble pago» por parte de la aseguradora: la devolución de la prima al caudal hereditario (por donación inoficiosa) y la satisfacción del derecho propio

<sup>5</sup> «Las obligaciones tributarias se exigirán con arreglo a la naturaleza jurídica del hecho, acto o negocio realizado, cualquiera que sea la forma o denominación que los interesados le hubieran dado, y prescindiendo de los defectos que pudieran afectar a su validez.»



e irrevocable del tercero beneficiario (el derecho pervive pese a que se declare nulo el contrato). Se produciría entonces una situación terrible para la aseguradora. ¿Sería correcto aplicar esta interpretación del doble pago?

Lo cierto es que el mencionado artículo 4 debe interpretarse en el sentido de que, si la aseguradora paga al beneficiario antes de la sentencia firme que declare la nulidad, el contrato se consolida (*solutio retentio*) y no hay lugar a la petición, conforme al artículo 1306 del Código Civil, puesto que, aunque sea un contrato prohibido, se han satisfecho las prestaciones y se quedan las cosas como están (tanto la compañía como el tomador han cumplido sus obligaciones).

Las posibles consecuencias respecto a la lesión del caudal hereditario por el pago de la prima deben resolverse bajo la petición de la rescisión contractual. La acción que pudiera ejercer el afectado por la lesión del caudal hereditario queda sin efecto con la consolidación antes expuesta. En definitiva, el artículo 4 consolida el crédito a la prima, en todos los aspectos, y el afectado deberá dirigirse contra la comunidad hereditaria o contra el beneficiario, no contra la aseguradora, siguiendo así la línea del artículo 88 de la Ley de Contrato de Seguro.

Si la prestación no ha sido satisfecha al beneficiario, como es el caso de autos, entonces no sería aplicable el artículo 4 de la Ley de Contrato de Seguro, aunque el siniestro se haya producido.

- Puesto que en el año 2002 se produjo la modificación del artículo 83 de la Ley de Contrato de Seguro, el cual imponía a las compañías de seguro un contrato para menores de catorce años e incapaces que en realidad no tenían cobertura de muerte (sin riesgo), la Audiencia Provincial de Asturias elevó al Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea la controversia de si era o no un seguro. Éste dictaminó escuetamente (STJUE de 1 de marzo del 2012, as. C-166/11) que el legislador europeo había decidido que todo seguro vinculado a un fondo de inversión es un seguro de vida. ¿Sería extrapolable esa decisión a los supuestos de *unit-linked*? En caso de respuesta afirmativa, ¿carecerían de lógica la reforma del artículo 4 de la Ley de Contrato de Seguro y la sentencia que se discute por cuanto la práctica de las compañías aseguradoras lo habría superado y ya existía jurisprudencia europea que zanjaba el debate?

En realidad se trata de casos diferentes no relacionados y la sentencia del Tribunal Supremo no manifiesta que el contrato de *unit-linked* sea un producto de inversión en todo caso, sino que establece las bases para considerar el contrato como un seguro. El mencionado artículo 83 es una excepción a la norma general, por lo que no sería aplicable al contrato *unit-linked*. Asimismo, la Directiva 79/267/CEE del Consejo, de 5 de marzo de 1979, establece que los *unit-linked* forman parte de uno de los ramos del seguro de vida.

- ¿Qué autoridad sería competente para calificar como seguro o producto financiero el contrato comercializado por una compañía aseguradora extranjera? ¿Tendría competencia la Dirección General de Seguros?

Sería competente la autoridad del país de origen, salvo a efectos fiscales, puesto que si el tomador o inversor tiene residencia en España, la Administración tributaria tendrá competencia para hacer la correspondiente calificación y aplicar los efectos nacionales.

- Un contribuyente que contrata un *unit-linked* en Luxemburgo, ¿estaría exento de presentar el formulario 720?

La Agencia Tributaria (AEAT) trató de aclarar los supuestos de inclusión de este formulario. Puesto que dicha agencia obtiene conocimiento del seguro por parte del representante legal en España de la compañía, técnicamente no sería exigible presentar el formulario 720, pero es recomendable incluirlo para evitar las graves consecuencias que un error por la falta de presentación tendría sobre el contribuyente.

- ¿Pueden seguir considerándose los contratos *unit-linked* como instrumentos de planificación financiero-fiscal en el futuro?

Si se puede demostrar que existe un riesgo y una prestación basada en una técnica actuarial junto a una valoración del riesgo biométrico, no habría problema tanto en el ámbito civil como en el fiscal. El problema es no demostrarlo, como ocurre en la sentencia.

Quizás en el futuro se entre en el debate de cuál debe ser el porcentaje mínimo exigible en el que basar la cobertura adicional respecto de la prima. Todo parece indicar que será entre el 1 % y el 5 %.



Ahora bien, la nulidad del contrato puede derivarse de la falta de riesgo al tratarse de un elemento fundamental del contrato de seguro, pero no puede derivarse del error en la base técnica actuarial empleada por la compañía, pues este error no significa que no exista riesgo. Tampoco sería válido el argumento por el cual se declara la nulidad del contrato porque las coberturas adicionales en caso de fallecimiento o supervivencia del tomador son muy dispares, puesto que no se reconoce socialmente un incentivo para la aseguradora de acabar con la vida del tomador (*ex art. 1271 CC*).

- *¿Qué reclasificación fiscal se daría al contrato una vez declarada la nulidad?*

Podría considerarse una cesta de fondos y no habría que tributar por la revalorización de éstos.

- *¿Existen otras consecuencias para la aseguradora por la nulidad del contrato?*

Al considerarse al contrato como un depósito bancario y tener prohibido las compañías aseguradoras comercializar estos productos (*ex art. 4 LOSSP*), la Dirección General del Seguro debe, a raíz de esta sentencia, sancionar por infracción muy grave a la compañía de seguros por incumplimiento de la norma mencionada.

- *¿Realmente faltaba en el contrato la traslación del riesgo?*

Lo cierto es que en el seguro sí que había una cobertura adicional, aunque fuera pequeña, y, por tanto, sí existía traslación del riesgo y causa contractual.



## ANÁLISIS NORMATIVO

### Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras: análisis general

En el BOE n.º 168 de 15 de julio del 2015 se ha publicado la Ley 20/2015 de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras.

#### 1. Introducción

La Ley 20/2015 deroga el Real Decreto Ley 6/2004 por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados (LOSSP) y sustituye esta regulación por un nuevo texto adaptado a la Directiva 2009/138/CE (modificada por la Directiva 2014/51/UE) conocida como «Solvencia II». Deroga también los artículos 33a (coaseguro comunitario), 75 (seguro de responsabilidad civil obligatorio) y 107.2 (definición de grandes riesgos) de la Ley de Contrato de Seguro.

Asimismo modifica varias disposiciones legales, entre las que destacan:

- La Ley 50/1980, de Contrato de Seguro (disp. final primera).
- La Ley 38/1999, de Ordenación de la Edificación (disp. final tercera).
- El Real Decreto Legislativo 1/2002, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones (disp. final cuarta).
- La Ley 22/2003, Concursal (disp. final quinta).
- El Real Decreto Legislativo 7/2004, que aprueba el Texto Refundido del Estatuto Legal del Consorcio de Compensación de Seguros (disp. final octava).
- El Real Decreto Legislativo 8/2004, que aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro de Vehículos de Motor (disp. final novena).
- La Ley 26/2006, de Mediación de Seguros y Reaseguros Privados (disp. final décima).

#### 2. Ámbito de aplicación de la ley

La ley tiene por objeto regular y supervisar la actividad aseguradora y reaseguradora privada —lo cual comprende las condiciones de acceso y ejercicio y el régimen

de solvencia, saneamiento y liquidación de las entidades aseguradoras— con la finalidad principal de proteger los derechos de los tomadores, asegurados y beneficiarios, así como de promover la transparencia y el desarrollo adecuado de la actividad aseguradora.

##### • *Ámbito objetivo:*

La norma se aplicará a: a) las actividades de seguro directo de vida y seguro directo distinto del de vida; b) las actividades de reaseguro; c) las operaciones preparatorias o complementarias de las de seguro que desarrollen las entidades aseguradoras y reaseguradoras; d) las actividades de prevención de daños vinculadas a la actividad aseguradora, y e) cualesquiera otras actividades cuando ello se establezca expresamente en una norma con rango de ley.

##### • *Ámbito subjetivo:*

Quedan sometidas a los preceptos de esta ley: a) las entidades aseguradoras y reaseguradoras con domicilio social en España, así como las sucursales establecidas en España de entidades aseguradoras y reaseguradoras domiciliadas en terceros países; b) los grupos de entidades aseguradoras y reaseguradoras; c) las personas físicas o jurídicas que bajo cualquier título desempeñen cargos de administración o dirección de las entidades aseguradoras y reaseguradoras; d) los profesionales y entidades que desempeñen alguna de las funciones previstas en esta ley o en sus disposiciones complementarias de desarrollo; e) los liquidadores de entidades aseguradoras y reaseguradoras; f) las organizaciones constituidas con ánimo de permanencia para la distribución de cobertura de riesgos o la prestación a las entidades aseguradoras y reaseguradoras de servicios comunes relacionados con la actividad aseguradora o reaseguradora, cualquiera que sea su naturaleza y forma jurídica, y g) las demás personas para quienes legalmente se establezca alguna prohibición o mandato en esta ley.

##### • *Exclusiones:*

Quedan excluidos del ámbito de aplicación: 1) el régimen general y los regímenes especiales del sistema de la Seguridad Social, y 2) las siguientes operaciones y actividades: a) las de seguro de crédito a la



exportación por cuenta o con la garantía del Estado, o cuando el Estado sea el asegurador; b) las de reaseguro ejercidas o plenamente garantizadas por el Gobierno de un Estado miembro, cuando por motivos de interés público actúe en calidad de reasegurador de último recurso, incluidas aquellas circunstancias en que esta actuación se requiera por una situación en el mercado tal que no resulte posible obtener en él cobertura adecuada; c) las actividades de seguro y reaseguro llevadas a cabo por organismos de previsión y de asistencia cuyas prestaciones varíen en función de los recursos disponibles y en las que la contribución de los partícipes se determine a tanto alzado; d) las de gestión de fondos de pensiones que se rigen por el Texto Refundido de la Ley de Regulación de Planes y Fondos de Pensiones; e) las efectuadas por organizaciones sin personalidad jurídica que tengan por objeto la garantía mutua de sus miembros, sin dar lugar al pago de primas ni a la constitución de provisiones técnicas; f) las realizadas por los organismos de previsión y de asistencia que concedan prestaciones variables y exijan a sus partícipes una contribución a tanto alzado; y g) las efectuadas por organismos distintos de entidades aseguradoras cuyo objeto sea suministrar a los trabajadores agrupados en una empresa o un sector profesional prestaciones en caso de muerte, de vida, o de cese o reducción de actividades.

### 3. Estructura y contenido de la ley

La ley se compone de un título preliminar y otros ocho títulos, veinte disposiciones adicionales, trece disposiciones transitorias, una disposición derogatoria, veintinueve disposiciones finales y un anexo sobre los ramos de seguro.

- El título preliminar establece el objeto y el ámbito de aplicación de la ley, al que se refiere el apartado anterior.
- El título I regula la distribución de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas y determina las autoridades de supervisión en los dos ámbitos.
- El título II regula las condiciones de acceso a la actividad de las entidades españolas; la necesidad de autorización administrativa y registro de las entidades y su régimen jurídico societario según la forma jurídica adoptada (sociedad anónima, mutua o cooperativa de seguros); la actividad en libertad de establecimiento y libre prestación de servicios de las entidades españolas en la Unión Europea y en terceros países, y el acceso a la actividad en España de entidades de la Unión Europea y de terceros países.

- El título III regula el ejercicio de la actividad, que comprende normas sobre gobierno corporativo, sobre valoración de activos y pasivos, garantías financieras e inversiones (fondos propios, capital de solvencia), sobre información pública de la solvencia y la situación financiera, sobre obligaciones contables, sobre operaciones societarias y sobre conductas de mercado (pólizas y tarifas, deber de información al tomador, mecanismos de solución de conflictos y lucha contra el fraude). También comprende las normas sobre el régimen especial de solvencia y el coaseguro comunitario.
- El título IV regula la supervisión y el control de entidades aseguradoras y reaseguradoras y especialmente los sistemas de supervisión financiera, supervisión de las conductas de mercado y la supervisión por inspección.
- El título V regula la supervisión de grupos de entidades aseguradoras y reaseguradoras.
- El título VI recoge los mecanismos de intervención frente a las situaciones de deterioro financiero de las entidades, incluidos los procedimientos concursales y las medidas de control especial.
- El título VII trata de los procedimientos de revocación de la autorización, disolución y liquidación de entidades aseguradoras.
- El título VIII regula el régimen de las infracciones y sanciones y el procedimiento sancionador.

### 4. Principales novedades

A continuación relacionamos las principales novedades contenidas en la ley:

- 1) La incorporación a nuestro ordenamiento jurídico de la Directiva Solvencia II, que se articula en torno a tres pilares o principios básicos: el primero está constituido por unas reglas uniformes sobre requerimientos de capital determinados en función de los riesgos asumidos por las entidades; el segundo está integrado por un nuevo sistema de supervisión con el objetivo de fomentar la gestión interna de los riesgos por las propias entidades, y el tercero se refiere a las exigencias de información y transparencia hacia el mercado sobre aspectos clave de los riesgos asumidos por las entidades y su forma de gestión. En definitiva, la citada directiva introduce un nuevo sistema de solvencia basado en el riesgo, lo que exige importantes cambios en la forma de gestión de las entidades aseguradoras y en la actuación de las autoridades de supervisión.



- 2) Las nuevas exigencias en materia de gobierno corporativo, con disposiciones sobre una estructura organizativa transparente y apropiada que establezca una clara distribución y separación de funciones, mecanismos eficaces de transmisión de la información y políticas de remuneración adecuadas. El sistema de gobierno abarcará las siguientes funciones: gestión de riesgos, verificación de cumplimiento normativo y auditoría interna y actuarial, correspondiendo la responsabilidad última al consejo de administración. En el contexto de la gestión del riesgo, las entidades deben efectuar una evaluación periódica de sus necesidades de solvencia en función del perfil del riesgo asumido (arts. 65 a 67).
- 3) La supervisión de grupos de entidades aseguradoras y reaseguradoras (arts. 131 a 154).
- 4) La regulación de la supervisión de conductas de mercado. Su objetivo es velar por la transparencia y el desarrollo ordenado del mercado de seguros, la libertad de los tomadores de seguros a la hora de contratar y la protección de los tomadores, asegurados y beneficiarios. A estos efectos se arbitran un mecanismo de resolución de las reclamaciones que presenten los asegurados y un sistema de supervisión por inspección (arts. 118 a 120).
- 5) Se regulan las agencias de suscripción que son sociedades mercantiles españolas apoderadas por entidades aseguradoras para suscribir riesgos en nombre y por cuenta de éstas (art. 60).
- 6) Se regulan los seguros de grandes riesgos (art. 11) y el coaseguro comunitario (art. 103) y se deroga lo establecido en la Ley de Contrato de Seguro a este respecto.
- 7) Se establece un deber general de información al tomador del seguro antes de la celebración del contrato de seguro y durante la vida de éste. La información se refiere especialmente al Estado y a la autoridad a los que corresponde el control de la entidad aseguradora, la legislación aplicable al contrato y los elementos esenciales de éste. Por otra parte, en los seguros de vida en los que el tomador asume el riesgo de la inversión, se informará de que el importe que se haya de percibir dependerá de las fluctuaciones de los mercados financieros y, en los seguros de vida en los que el tomador no asuma dicho riesgo, se informará de la rentabilidad esperada; en los seguros de decesos y enfermedad, se informará sobre los criterios aplicables a la renovación de la póliza y a la actualización de las primas sucesivas (art. 96).
- 8) Se prevé la mediación y el arbitraje como medios de resolución de conflictos en materia de contrato de seguro (art. 97).
- 9) Asimismo se regula la adopción de medidas para prevenir, informar y remediar el fraude de seguro mediante la elaboración y utilización de ficheros comunes (art. 100).
- 10) También se prevén las situaciones derivadas de los procedimientos concursales y las medidas de intervención adoptadas por las autoridades de supervisión en el caso de entidades aseguradoras con dificultades financieras. A este respecto se establece, por ejemplo, que las entidades aseguradoras sometidas a medidas de control especial no podrán solicitar el concurso ni acogerse a las medidas del artículo 5 de la Ley Concursal (art. 168).
- 11) La ley incorpora un anexo con los ramos de seguro.

## 5. Modificaciones legislativas

La Ley 20/2015, como anteriormente se ha indicado, ha modificado otras normas, unas veces para adaptarlas a la nueva regulación y, otras, para dotar de una nueva regulación a situaciones que demandaban una urgente reforma.

### a) Ley 50/1980 de Contrato de Seguro.

Esta ley ha sufrido dos importantes modificaciones: en primer lugar, la derivada de la derogación de los artículos 33a —que regulaba el coaseguro comunitario—, 107.2 —que establecía la definición de los grandes riesgos cuya regulación se ha desplazado a la nueva Ley 20/2015— y 75 —que se refería a los seguros obligatorios y que ahora es objeto de regulación en la disposición adicional segunda—. En segundo lugar, la contenida en la disposición final primera, que modifica los artículos 8.3 (contenido de la póliza en relación con la especificación del riesgo cubierto), 11 (sobre agravación del riesgo) y 22 (sobre duración del contrato) y que añade una sección quinta al título tercero denominada «Seguros de decesos y dependencia», la cual comprende los siguientes artículos: artículo 106 *bis*, sobre el seguro de decesos; artículo 106 *ter*, sobre seguro de dependencia, y artículo 106 *quater*, que establece la libre elección del prestador de servicios en los seguros de asistencia sanitaria, dependencia y decesos.

### b) La Ley 38/1999 de Ordenación de la Edificación.

La disposición final tercera modifica: 1) el artículo 19.1, que establece el régimen de garantías



(seguro de daños, seguro de caución o garantía financiera) para responder de los daños causados por vicios o defectos de construcción, ejecución, cimentación o elementos estructurales, y 2) la disposición adicional primera sobre la percepción de las cantidades a cuenta del precio durante la construcción. Dicha disposición final establece asimismo las obligaciones de los promotores, los requisitos de las garantías, la información contractual al adquirente, las condiciones de ejecución y cancelación de la garantía, la publicidad de la promoción de viviendas y el régimen de infracciones y sanciones.

- c) *Real Decreto Legislativo 1/2002, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones.*

La disposición final cuarta modifica los siguientes artículos: el artículo 2, relativo a la naturaleza de los fondos de pensiones; el artículo 10.2, sobre las relaciones entre el plan y el fondo de pensiones, y el artículo 11.9 y 10 sobre tipos de fondos de pensiones (cerrados y abiertos). Incorpora un nuevo artículo 11 *ter* sobre fondos de pensiones abiertos. Modifica el artículo 20.1g, sobre normas aplicables a los administradores y directivos de las entidades gestoras de fondos de pensiones, y el 20.6, sobre causas de disolución de las gestoras; el artículo 24.1, 2, 4 y 5, sobre ordenación y supervisión; los artículos 34.2 y 3 y 36, sobre sanciones, y el artículo 46, sobre representantes en España de fondos de pensiones de empleo de otros Estados miembros. También se modifican la disposición adicional segunda, sobre plazo de resolución de solicitudes, y la disposición adicional octava, sobre la disposición anticipada de derechos económicos en los sistemas de previsión social complementaria, y se añade una nueva disposición transitoria octava sobre los fondos de pensiones abiertos existentes a la entrada en vigor de la ley.

- d) *Ley 22/2003, Concursal.*

La disposición final quinta añade un nuevo apartado al artículo 233, para establecer como mediador concursal de las entidades aseguradoras al Consorcio de Compensación de Seguros. También se da nueva redacción al apartado 2h de la disposición adicional segunda del siguiente tenor: «los títulos VI y VII de la Ley 20/2015 y el Texto Refundido del Estatuto Legal del Consorcio de Compensación de Seguros aprobado por el Real Decreto Legislativo 7/2004».

- e) *Real Decreto Legislativo 8/2004, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro de Vehículos de Motor.*

La disposición final novena modifica la redacción del artículo 8 relativo a los convenios de indemnización directa, declaración amistosa de accidente y convenios de asistencia sanitaria para lesionados de tráfico.

- f) *Ley 26/2006, de Mediación de Seguros y Reaseguros Privados.*

La disposición final décima modifica el artículo 6.1 en lo relativo a la obligación de la información que deben proporcionar los mediadores de seguros en la promoción, oferta y suscripción de los contratos de seguro y, en general, en toda su actividad de asesoramiento; asimismo modifica el artículo 8 por lo que se refiere a la regulación de los colaboradores externos (anteriormente auxiliares externos), que no tendrán la consideración de mediadores de seguros. También se modifican los artículos 21.3e y 39.2 y 4, que versan sobre la formación de los agentes y corredores; los artículos 27. 1 y 2, sobre los requisitos de las sociedades de correduría de seguros; el 28.2, sobre la adquisición de participaciones significativas; el 42.4, sobre el asesoramiento que deben prestar los corredores de seguros, y el artículo 52.1, sobre el registro de los mediadores.

## 6. Otras normas

- a) *Seguros obligatorios:*

La disposición adicional segunda estipula que los seguros obligatorios deberán establecerse mediante normas con rango de ley tras un informe preceptivo de la Dirección General de Seguros y Planes de Pensiones. Asimismo, se crea un registro de seguros obligatorios que gestionará el Consorcio de Compensación de Seguros.

- b) *Seguro de caución a favor de las Administraciones Públicas:*

La disposición adicional decimotercera establece que el seguro de caución será admisible como forma de garantía ante las Administraciones Públicas en todos los supuestos en que la legislación exija o permita a las entidades de crédito o a los establecimientos financieros de crédito constituir garantías, siempre que cumplan los siguientes requisitos: a) que el



tomador sea quien deba prestar la garantía y el asegurado, la Administración; b) el impago de la prima no dará derecho al asegurador a resolver el contrato ni a extinguirlo ni a suspender la cobertura ni tampoco a la liberación del asegurador en caso de siniestro; c) el asegurador no podrá oponer al asegurado las excepciones que pudieran corresponderle frente al tomador del seguro, y d) la póliza se ajustará al modelo aprobado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

c) *Audidores de cuentas, actuarios, peritos de seguros, comisarios y liquidadores de averías:*

Las disposiciones adicionales octava, novena y décima contienen prescripciones sobre los principales colaboradores de la actividad aseguradora: auditores de cuentas, actuarios, peritos de seguros, comisarios y liquidadores de averías.

d) *Calendario de entrada en vigor:*

- La ley entrará en vigor el 1 de enero del 2016.

- La disposición adicional decimosexta (adaptación a Solvencia II) entrará en vigor al día siguiente al de su publicación.
- La disposición transitoria cuarta (mutualidades de previsión social) entrará en vigor el 1 de septiembre del 2015.
- La disposición transitoria décima (peritos de seguros, comisarios y liquidadores de averías) entrará en vigor el 1 de septiembre del 2015.
- La disposición transitoria decimotercera (régimen transitorio de las modificaciones introducidas en la Ley de Contrato de Seguro) entrará en vigor al día siguiente al de su publicación.
- La disposición final novena (responsabilidad civil de vehículos de motor) entrará en vigor el 1 de julio del 2016.

---

## Proyecto de Orden ECC/.../2015, relativa a las obligaciones de información y clasificación de productos financieros: visión desde la perspectiva aseguradora

El pasado 28 de mayo del 2015, el Ministerio de Economía y Competitividad difundió el Proyecto de Orden relativa a las obligaciones de información y clasificación de productos financieros<sup>1</sup>. Con este proyecto, cuya redacción todavía no es firme, se pretende otorgar una mayor información al cliente minorista y no restringirle así el acceso a determinados productos financieros.

Vital importancia tendrá para las compañías aseguradoras, por cuanto en adelante se les exigirá aportar más información contractual y precontractual al cliente en los seguros de vida ahorro, entre los que encontramos el seguro *unit-linked*, que tanta controversia ha suscitado últimamente en los tribunales<sup>2</sup>.

Con este trabajo pretendemos examinar el texto desde la perspectiva aseguradora; finalizaremos con una serie de esquemas relativos a las advertencias, alertas e información que deben incluirse en cada caso<sup>3</sup>.

### 1. Objeto y ámbito de aplicación

Esta orden tiene como objeto garantizar un adecuado nivel de protección al cliente de servicios financieros mediante el establecimiento de un sistema normalizado de información y clasificación de productos financieros para advertir a los clientes o clientes potenciales sobre su nivel de riesgo y complejidad mediante un *indicador del riesgo*, de manera que puedan elegir los productos financieros que mejor se adecuen a sus necesidades y preferencias de ahorro e inversión.

Entre estos productos financieros se encuentran los seguros de vida ahorro, incluidos los planes de previsión asegurados y los seguros de vida en los que el tomador asume el riesgo de la inversión (*unit-linked*), entendiendo por tales aquellos en los que contractualmente se haya estipulado que el riesgo de la inversión será soportado íntegramente por el tomador en función

<sup>1</sup> <http://www.tesoro.es/sites/default/files/leyes/pdf/Sleg7381.pdf>

<sup>2</sup> V. gr., SSTS (Sala de lo Civil) n.º 769/2014, de 12 de enero (RJ 2015\608) y n.º 137/2015, de 12 de marzo (JUR 2015\136676).

<sup>3</sup> Resulta también de especial interés leer AGÜERO ORTIZ, A., «El ocaso del paradigma de la información precontractual: Proyecto de orden relativa a las obligaciones de información y clasificación de productos financieros», *CESCO*, julio del 2015: [http://blog.uclm.es/cesco/files/2015/07/El-ocaso-del-paradigma-de-la-información-precontractual\\_-Proyecto-de-orden-relativa-a-las-obligaciones-de-información-y-clasificación-de-productos-financieros.pdf](http://blog.uclm.es/cesco/files/2015/07/El-ocaso-del-paradigma-de-la-información-precontractual_-Proyecto-de-orden-relativa-a-las-obligaciones-de-información-y-clasificación-de-productos-financieros.pdf).



de unos activos o de los índices o activos que se hayan fijado como referencia para determinar el valor económico de sus derechos. Quedan excluidos los seguros colectivos que instrumentan compromisos por pensiones y los planes de previsión social empresarial.

Deberán acogerse a esta orden las entidades aseguradoras sujetas a la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados (LOSSP), siempre que presten servicios de inversión o comercialicen en territorio español algunos de los productos anteriormente descritos a clientes o potenciales clientes. También les será de aplicación:

- a) a las sucursales que estén autorizadas en un Estado miembro de la Unión Europea o en un tercer Estado;
- b) a las entidades autorizadas en un Estado miembro de la Unión Europea, cuando operen en España mediante un agente establecido en territorio nacional;
- c) a las entidades aseguradoras que estén autorizadas en un Estado miembro de la Unión Europea, cuando operen en España en régimen de libre prestación de servicios;
- d) y a las entidades autorizadas en un tercer Estado, cuando operen en España sin sucursal.

Todo ello cuando la relación se efectúe con clientes o clientes potenciales que no tengan la consideración de profesionales, conforme al artículo 78 bis.3, letras a a d, de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (LMV).

## 2. Obligaciones de información y clasificación de productos financieros

El proyecto de orden pretende establecer hasta cuatro requisitos de información y transparencia, dependiendo de la complejidad del producto financiero:

### 2.1. Indicador de riesgo

Las entidades aseguradoras deberán facilitar al cliente o cliente potencial un indicador de riesgo actualizado sobre el seguro, que será elaborado y representado gráficamente de conformidad con lo dispuesto en la propia orden ministerial (*vid.* art. 8 y anexo).

El indicador se entregará previamente a la adquisición del seguro, dentro de la descripción general de la naturaleza y los riesgos del

instrumento financiero que debe facilitarse a los clientes minoristas conforme a lo establecido por el artículo 105 del Reglamento de ordenación y supervisión de los seguros privados (ROSSP).

El indicador contendrá una clasificación de los productos financieros. En materia de seguros:

- En la clase 1 serán incluidos los seguros de vida ahorro en los que el tomador no asuma el riesgo de la inversión.
- La clase 5 comprenderá los seguros de vida *unit-linked* que cumplan los siguientes requisitos:
  - Que no hagan uso de instrumentos financieros derivados, que no estén expuestos al riesgo de fluctuación de la divisa y que dispongan de una política de inversión en renta fija con una evaluación crediticia del nivel 2, es decir, que como mínimo cuente con una calificación BBB o equivalente.
  - Que tengan un objetivo de rentabilidad garantizado o que no sea garantizado, pero persiga recuperar al menos el 90 % de la inversión inicial, que no estén expuestos al riesgo de fluctuación de la divisa y que dispongan de una política de inversión en renta fija con una evaluación crediticia del nivel 2.
- En la clase 6 se incluirán los seguros de vida *unit-linked* que no cumplan los requisitos previstos en la clase 5.

### 2.2. Alerta sobre la liquidez

Las entidades aseguradoras también deben advertir sobre las posibles limitaciones respecto a la liquidez y a los riesgos de venta anticipada de los seguros de vida ahorro, como:

- la existencia de un compromiso de devolución de una parte o de todo el principal invertido a vencimiento;
- que el seguro no se negocie en un mercado regulado, en sistemas multilaterales de negociación o en sistemas organizados de contratación;
- que no exista un procedimiento alternativo de liquidez para el seguro ofrecido por el emisor o un tercero;



- que existan comisiones o penalizaciones por el rescate del producto de seguro de vida ahorro;
- que existan plazos de preaviso mínimo suficiente para solicitar el rescate del producto de seguro de vida ahorro;
- y que el derecho consolidado tenga carácter no reembolsable hasta el acaecimiento de alguna de las contingencias o, en su caso, en los supuestos excepcionales de liquidez o disposición anticipada, conforme a la normativa de planes y fondos de pensiones.

Las entidades incluirán, en su caso, una de las siguientes advertencias relacionadas con el riesgo de venta anticipada y la liquidez:

- cuando exista un compromiso de devolución de una parte o de todo el principal invertido a vencimiento y exista un procedimiento alternativo de liquidez para el instrumento financiero ofrecido por el emisor o un tercero, «[e]l compromiso de devolución del capital (o, en su caso, del XX % del capital) sólo es a vencimiento y la venta anticipada puede provocar pérdidas»;
- cuando exista un compromiso de devolución de una parte o de todo el principal invertido a vencimiento en el ámbito de actuación de las entidades aseguradoras, «[e]l capital garantizado sólo es a vencimiento y la movilización o el ejercicio del derecho de rescate implica una penalización que puede provocar pérdidas»;
- cuando se trate de un seguro de vida *unit-linked* incluido en la clase 6, exista un compromiso de devolución de una parte o de todo el principal invertido a vencimiento, el seguro no se negocie en un mercado regulado, en sistemas multilaterales de negociación o en sistemas organizados de contratación, y no exista un procedimiento alternativo de liquidez para el instrumento financiero ofrecido por el emisor o un tercero, «[e]l compromiso de devolución del capital (o, en su caso, del XX % del capital) sólo es a vencimiento y la venta anticipada no es posible o puede implicar pérdidas relevantes»;
- cuando existan comisiones o penalizaciones por el rescate del producto de seguro de vida

ahorro, «[e]l reembolso, rescate o la devolución anticipada de una parte o de todo el principal invertido están sujetos a comisiones o penalizaciones»;

- cuando existan plazos de preaviso mínimo suficiente para el rescate del producto de seguro de vida ahorro, «[e]l reembolso, rescate o la devolución anticipada de una parte o de todo el principal están sujetos a un plazo de preaviso mínimo relevante»;
- cuando el derecho consolidado tenga carácter reembolsable hasta el acaecimiento de alguna de las contingencias o, en su caso, en los supuestos excepcionales de liquidez o disposición anticipada, conforme a la normativa de planes y fondos de pensiones, «[e]l capital garantizado sólo es a vencimiento y la movilización o el ejercicio del derecho de rescate no es posible, o está vinculado al valor de mercado de los activos asignados y puede provocar pérdidas relevantes».

### 2.3. Alerta sobre la complejidad

Las entidades añadirán junto al indicador de riesgo una advertencia sobre la complejidad del producto. Se considerarán complejos los seguros de vida *unit-linked* cuando los activos afectos o los índices o activos que se hayan fijado como referencia para determinar el valor económico de sus derechos sean productos complejos (remisión al art. 79 *bis*.8 de la Ley 24/1988 y depósitos estructurados). Esta advertencia será: «Producto financiero que no es sencillo y puede ser difícil de comprender».

### 2.4. Advertencias adicionales

Las entidades aseguradoras, cuando presten servicios de inversión o comercialicen a un cliente o cliente potencial seguros de vida *unit-linked* cuyos activos afectos o que se hayan fijado como referencia sean productos financieros complejos, deberán contener advertencias sobre los siguientes aspectos:

- *La diferencia entre el importe efectivo pagado por el cliente y la estimación del valor razonable*: la entidad aseguradora deberá aclarar que se trata de una estimación de carácter orientativo. La estimación del valor razonable consiste en el importe por el que puede ser intercambiado el instrumento



financiero entre partes interesadas, debidamente informadas y con los conocimientos necesarios que realicen una transacción en condiciones de independencia mutua. La estimación que haga la entidad de dicho valor razonable deberá ajustarse a metodologías generalmente aceptadas y resultar consistente con las que utilizaría para valorar un instrumento similar si lo adquiriese por cuenta propia.

Esta advertencia deberá entregarse al cliente previamente a la adquisición del seguro dentro de la descripción general de la naturaleza y los riesgos del instrumento financiero que debe facilitarse a los clientes minoristas conforme a lo establecido por el artículo 105 del Reglamento de ordenación y supervisión de los seguros privados.

Cuando la diferencia entre el importe efectivo al que el cliente minorista vaya a efectuar la transacción —incluidas en su caso las comisiones explícitas que resulten de aplicación— y la estimación realizada por la entidad del valor teórico del instrumento supere el 5 % de este último o el 0,6 % multiplicado por el número de años de vida del instrumento, deberá hacerse una advertencia con el siguiente contenido:

Advertencia:

De acuerdo con la estimación del valor razonable realizada por ZZZ [denominación de la entidad que haya realizado la estimación], este instrumento financiero YYY [deberá identificarse el instrumento financiero] ofrece una rentabilidad inferior a la que le correspondería atendiendo al riesgo que incorpora. En consecuencia, el valor razonable estimado de este instrumento es inferior en más de un x % [deberá señalarse el porcentaje], del [sic] importe efectivo al que se va a realizar la transacción.

La entidad deberá recabar la firma del cliente en el texto anterior. Esta advertencia formará parte de la documentación contractual incluso cuando se formalice en documento separado de la orden de compra. (Esto quiere decir, por exclusión, que el resto de las advertencias no deben ser firmadas por el cliente, sino que basta con su inclusión en el contrato o en la información precontractual para darlo por informado.)

- *Los escenarios de rentabilidad y su probabilidad de ocurrencia* se aplicarán a los seguros de vida *unit-linked* siempre que los activos afectos o que se hayan fijado como referencia sean algunos de los productos financieros a los que se refieren las letras *c*, *d*, *e* y *f* del artículo 12. Esta advertencia deberá entregarse al cliente previamente a la adquisición del producto. En el caso de la prestación de servicios de inversión, esta advertencia deberá incluirse en la descripción general de la naturaleza y riesgos del instrumento financiero que debe facilitarse a los clientes conforme a lo establecido en el artículo 105 del Reglamento de ordenación y supervisión de los seguros privados.

La advertencia se ciñe a los posibles resultados futuros del producto en cada uno de los siguientes escenarios, con su probabilidad de concurrencia (se facilitará una breve descripción del escenario, así como la fecha a la que éste se refiere, y se detallará el resultado futuro estimado del instrumento en dicho escenario, tanto en términos de efectivo como en términos de TAE):

- *Escenario desfavorable*: corresponderá al percentil 10 de la distribución de probabilidades del resultado futuro estimado del producto a vencimiento. Se hará la siguiente mención:

Se estima en un 10 % la probabilidad de que la rentabilidad futura del producto sea inferior a la indicada en este escenario.

- *Escenario moderado*: corresponderá al percentil 50 de la distribución de probabilidades del resultado futuro estimado del producto a vencimiento. Se hará la siguiente mención:

Se estima en un 50 % la probabilidad de que la rentabilidad futura del producto sea inferior a la indicada en este escenario.

- *Escenario favorable*: corresponderá al percentil 90 de la distribución de probabilidades del resultado futuro estimado del producto a vencimiento. Se hará la siguiente mención:

Se estima en un 90 % la probabilidad de que la rentabilidad futura del producto sea inferior a la indicada en este escenario.



Adicionalmente, se detallará la probabilidad de que el resultado futuro estimado del producto a vencimiento sea negativo para el cliente y también se detallará su porcentaje de pérdida potencial máxima, para lo que se indicará:

La probabilidad estimada de obtener una rentabilidad inferior al 0 % es de un X % [deberá señalarse el porcentaje]. La pérdida potencial máxima del instrumento [se seleccionará la alternativa aplicable al instrumento] es del x % [deberá señalarse el porcentaje]/es teóricamente ilimitada.

No obstante, cuando la probabilidad de que el resultado futuro estimado del producto a vencimiento sea negativo para el cliente resulte un percentil superior al 90 %, 50 % o 10 %, el correspondiente escenario, según proceda, recogerá este percentil en lugar del percentil 90 %, 50 % o 10 %, y deberán acompañarse de la siguiente expresión:

La rentabilidad de los escenarios presentados corresponde a simulaciones efectuadas por YYY (deberá señalarse el nombre de la entidad), no existiendo certeza sobre su ocurrencia. En dichas simulaciones no se han considerado los riesgos de crédito y liquidez que usted, como inversor, asume.

En el caso de que el instrumento establezca una rentabilidad mínima, se sustituirá, cuando proceda, la mención de «que la rentabilidad futura del instrumento sea inferior a la indicada», por la de «que sea igual a la indicada».

A estos efectos, para la simulación de los posibles resultados futuros del instrumento, se empleará la simulación por el método Montecarlo, salvo que exista otro método numérico técnicamente más adecuado a las características del producto, de acuerdo con las siguientes consideraciones:

- Se efectuará el número de simulaciones que resulte adecuado al instrumento, de forma que permita mantener una estabilidad suficiente de los resultados en cada nueva simulación. En todo caso, deberán llevarse a cabo, al menos, 50 000 simulaciones.

- Los subyacentes y variables necesarios para realizar la simulación del instrumento se valorarán a su valor de mercado. Cuando por su naturaleza no puedan valorarse así, deberá estimarse su valor recurriendo a métodos técnicamente adecuados y de general aceptación en el sector financiero.
- Con objeto de incorporar la asimetría y curtosis que caracteriza a la distribución de los rendimientos de los subyacentes, deberán utilizarse las superficies de volatilidad implícita.
- La estructura temporal de los tipos de interés deberá estimarse basándose en instrumentos financieros negociados en el mercado.

Los escenarios deberán complementarse con un gráfico en el que se representen las rentabilidades, en términos de TAE, que el producto financiero hubiera obtenido si se hubiese emitido en el pasado. Dicho gráfico debe efectuarse según las consideraciones del artículo 13.4 del proyecto de orden.

No podrán incluirse, ni en la información que se entregue a los clientes ni, en su caso, en las comunicaciones publicitarias, estimaciones de los posibles resultados futuros del producto diferentes de los indicados anteriormente.

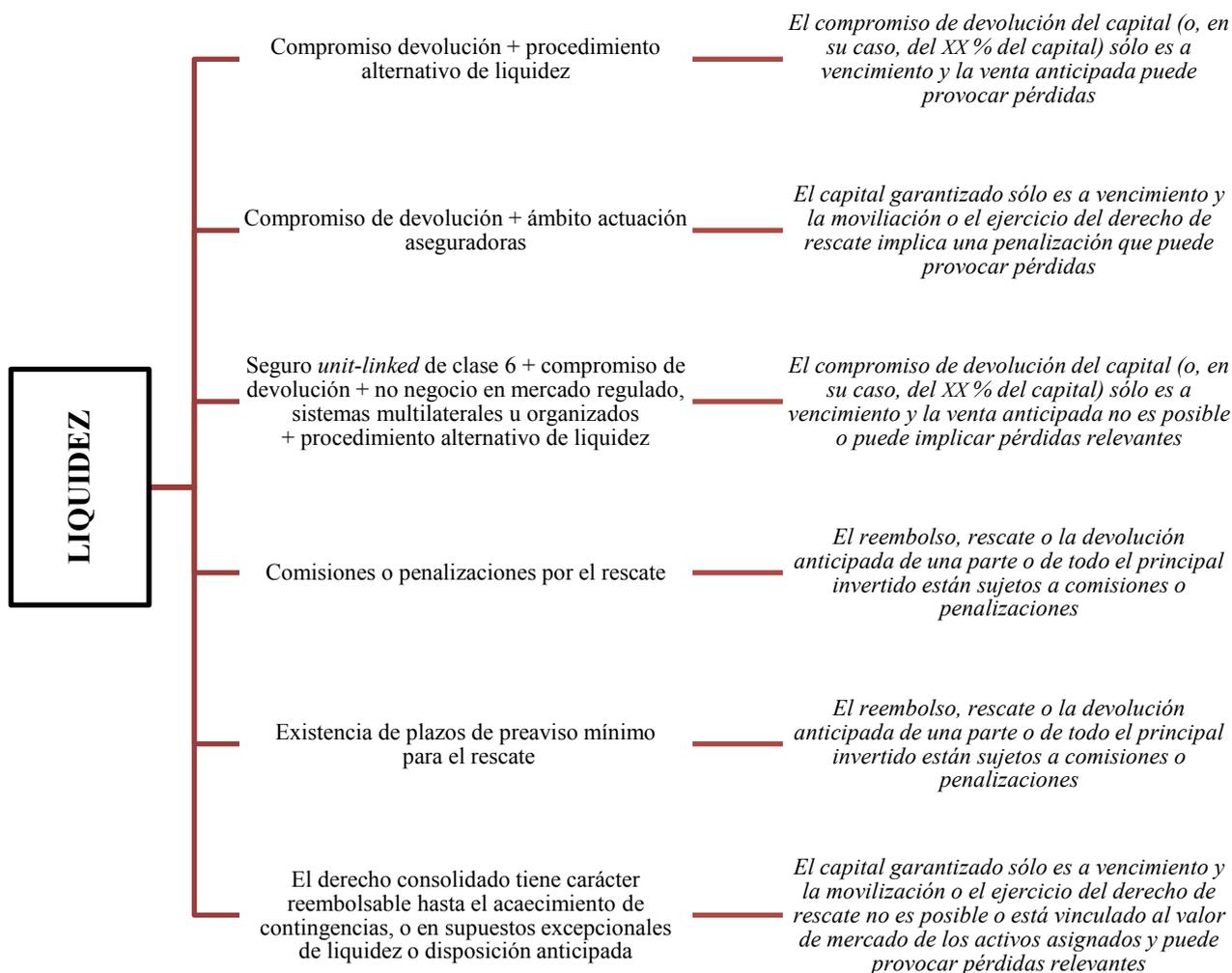
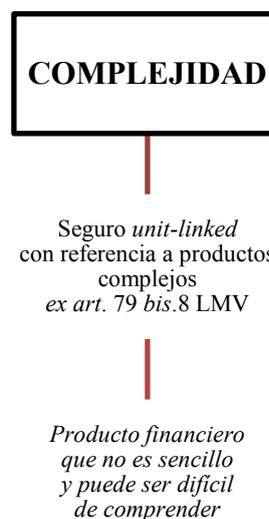
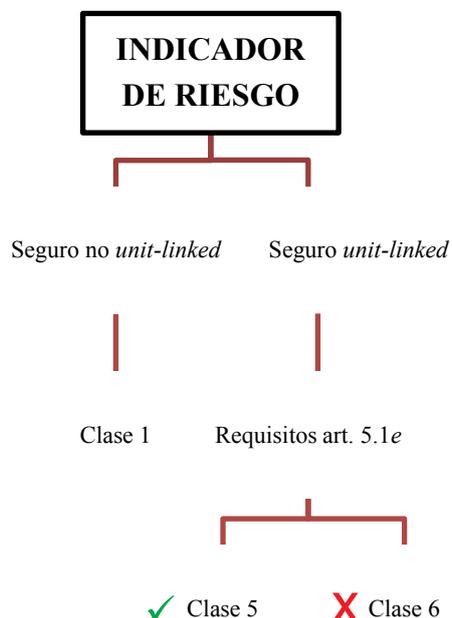
### 3. Normas de disciplina

Las disposiciones contenidas en la orden ministerial se considerarán normas de ordenación y supervisión de los seguros privados, de acuerdo con el artículo 40.1 de la LOSSP y el incumplimiento se sancionará con arreglo a lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, en los casos en los que ésta les resulte de aplicación.

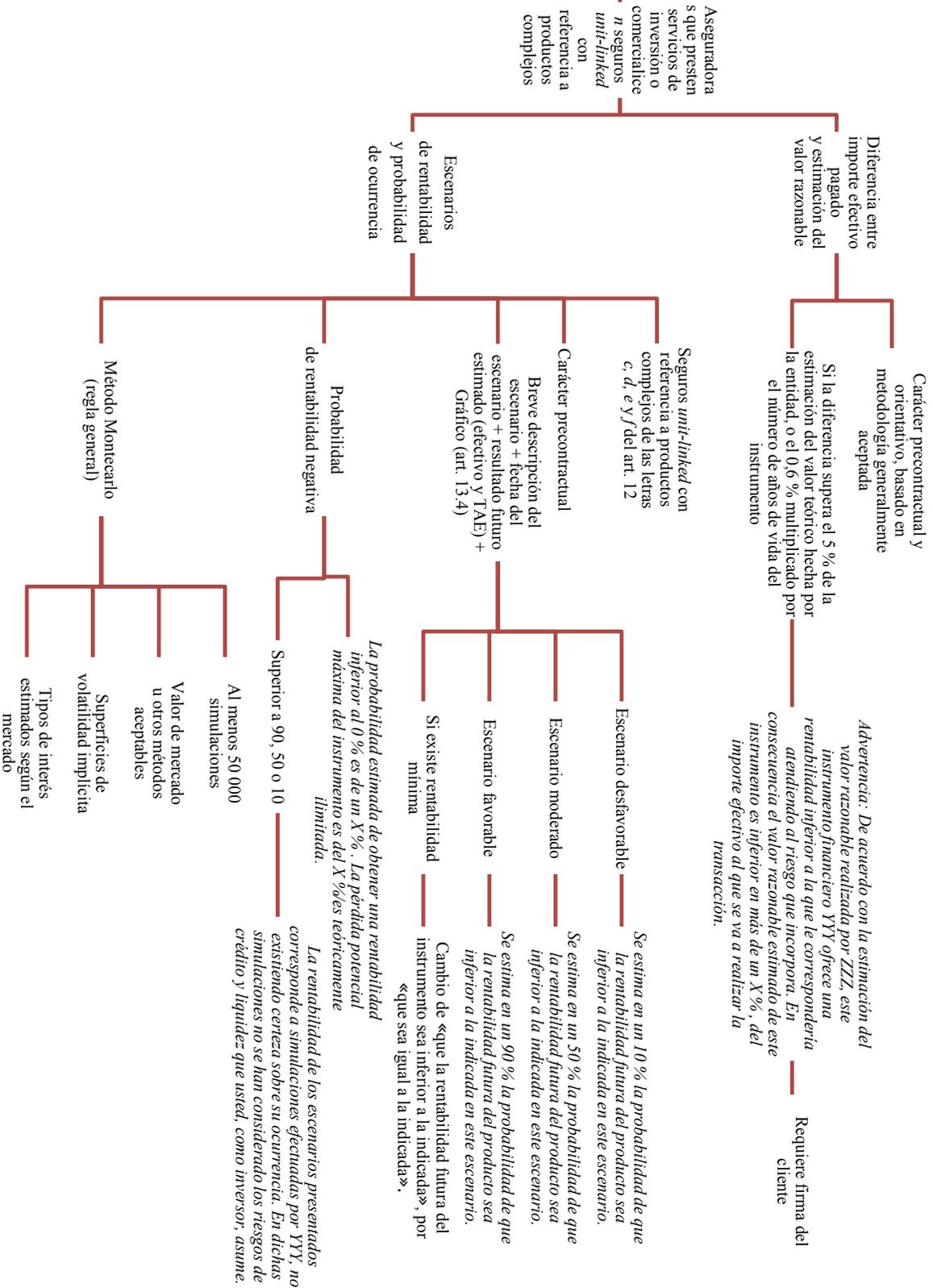
El régimen específico establecido en la orden se aplicará sin perjuicio de la legislación general sobre consumidores y usuarios.



4. Esquemas: obligaciones de información y advertencias



**ADVERTENCIAS ADICIONALES**





## CUESTIONES PROCESALES

### La compañía aseguradora tiene legitimación activa para oponer excepciones o impugnar la cuantía de la indemnización civil, pero no para impugnar la responsabilidad penal del acusado

SAP Burgos (Sección 1.ª) 113/2015, de 31 de marzo (JUR 2015/110804)

La compañía aseguradora recurre en apelación la condena penal y civil efectuada en primera instancia contra su asegurado en un asunto concerniente a un accidente de tráfico.

La Audiencia Provincial dictamina, conforme a la reiterada jurisprudencia mayor y menor, que la compañía aseguradora carece de legitimación activa para intervenir en el proceso penal, pudiendo ejercer su derecho de defensa únicamente en el ámbito de la responsabilidad civil *ex delicto*, máxime cuando el propio asegurado no recurre su condena, ya que estaría entrando a cuestionar derechos e intereses que no le corresponden (*in favore tertio*).

Por tanto, conforme a los criterios jurisprudenciales, las compañías aseguradoras pueden oponerse en el ámbito de la responsabilidad civil en los siguientes casos:

- Impugnación del *quantum* indemnizatorio.
- Impugnación de la proporcionalidad de la indemnización.
- Impugnación de las bases de determinación de la cuantía.
- Interposición de excepción al alcance de la cobertura del riesgo.
- Cuestionamiento de la validez del contrato o póliza (título) y/o de su contenido.
- Impugnación de la cualidad de sujeto pasivo de la responsabilidad civil.

---

### Procedimiento de designación de tercer perito en caso de desacuerdo sobre la indemnización (nuevo régimen a raíz de la Ley 5/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria)

El artículo 38 de la Ley de Contrato de Seguro (LCS) regula el procedimiento para determinar los daños producidos y, por tanto, para fijar el importe y la forma de la indemnización. Según dicho precepto, si las partes no alcanzan un acuerdo en los cuarenta días siguientes a la recepción por el asegurador de la declaración del siniestro, deberán nombrar peritos para que valoren los daños y determinen la indemnización que corresponde al asegurado. Pero, si los peritos de las partes no llegan a un acuerdo, entonces las partes podrán designar «de conformidad» un tercer perito. Ahora bien, si las partes no fueran capaces de lograr un acuerdo para nombrar ese perito dirimente, habría de acudir al juez de primera instancia «del lugar en que se hallaren los bienes», el cual efectuará la designación «en acto de jurisdicción voluntaria y por los trámites previstos para la insaculación de peritos en la Ley de Enjuiciamiento Civil» (art. 38, sexto párrafo, LCS).

La entrada en vigor de la Ley 5/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (LJV) modificará el régimen relativo a la designación del tercer perito por cuanto su disposición

final novena ha modificado el referido sexto párrafo del artículo 38. A partir de su entrada en vigor, este precepto remitirá, en caso de no haber conformidad en la designación del perito tercero, al expediente previsto en la Ley de Jurisdicción Voluntaria o al procedimiento establecido en la legislación notarial.

De esta forma, la designación podrá producirse:

- a) En primer lugar, con arreglo a lo dispuesto en los artículos 136 a 138 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, los cuales atribuyen la competencia para el conocimiento del expediente al Juzgado de lo Mercantil del lugar del domicilio del asegurado (obsérvese que se modifica la competencia objetiva y la territorial con respecto a la que deriva de la redacción —todavía vigente— del art. 38, párr. 6, LCS).

El expediente podrá ser promovido por cualquiera de las partes del contrato de seguro o por ambas conjuntamente y no será necesaria la intervención ni de



abogado ni de procurador. Una vez presentada la solicitud (en la que se hará constar la discordia entre los peritos y a la que se acompañará copia de la póliza y de los dictámenes de aquéllos), se celebrará una comparecencia en la que el secretario judicial instará a las partes a que se pongan de acuerdo en el nombramiento de un tercer perito. Si no hubiera acuerdo, el secretario lo designará con arreglo a las reglas de la Ley de Enjuiciamiento Civil (*cf.* art. 341 LEC). Una vez aceptado el cargo, el perito dirimente así nombrado deberá emitir su dictamen en el plazo de treinta días (aunque el art. 138.4 LJV no lo especifique, debe entenderse que el plazo de treinta días regirá salvo que las partes hayan fijado uno diferente, en cuyo caso el perito habrá de atenerse a éste: *cf.* lo dispuesto en el art. 38, párr. 6, LCS). El informe se incorporará entonces al expediente, que se dará por finalizado.

- b) En segundo lugar, la designación podrá efectuarse de acuerdo con lo estipulado en el nuevo artículo 80 de la Ley de 28 de mayo de 1862, del Notariado (LN), introducido por la disposición final undécima de la Ley de Jurisdicción Voluntaria. En este caso la competencia para efectuar el nombramiento corresponderá al notario al que acudan, de común acuerdo, el asegurado y el asegurador (en defecto de acuerdo será competente cualquiera de los notarios que tengan su residencia en el lugar del domicilio del asegurado o donde se encuentre el objeto asegurado, a elección del requirente).

Por lo demás, el procedimiento regulado en dicho precepto es similar al jurisdiccional en cuanto a la legitimación para promover el expediente, al contenido de la solicitud y los documentos que han de acompañarla, a la convocatoria y a la finalidad de la comparecencia y, si se acepta la interpretación sugerida más arriba, también en cuanto al plazo concedido para la emisión del dictamen. No obstante, existen algunas diferencias entre el régimen de los artículos 136 a 138 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria y el del artículo 80 de la Ley del Notariado (LN) —diferencias que, como se verá seguidamente, tienden a desvanecerse cuando se toma en consideración el régimen complementario de los artículos 341 y 342 LEC y 50 LN—:

- 1) Si en la comparecencia los interesados no se ponen de acuerdo, el notario nombrará al tercer perito de conformidad con lo establecido en el artículo 50 de la propia Ley del Notariado (también incluido en la disposición final undécima de la LJV), es decir, siguiendo el orden que corresponda en la lista que a tal efecto constará en el Colegio Notarial. Obsérvese a este respecto que el procedimiento regulado en el referido artículo 50 no es muy diferente del previsto en el artículo 341 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.
- 2) Una vez aceptado el nombramiento, el notario requerirá a las partes para que en tres días hagan la correspondiente provisión de fondos (lo cual tampoco resulta muy lejano de lo dispuesto en el primer párrafo del art. 342.3 LEC).

## Aseguramiento de la prestación de fianzas por entidades aseguradoras

1. El artículo 4 del Real Decreto Legislativo 6/2004, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, prohíbe a las entidades aseguradoras *la prestación de garantías distintas de las propias de la actividad aseguradora*.

La Dirección General de Seguros, la doctrina y la práctica aseguradora han considerado que tanto el seguro de caución (regulado en el art. 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 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.

3. Hay que señalar que 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 cobertura del riesgo de prestación de fianza se presenta generalmente bajo dos modalidades:
  - La constitución de fianzas, que consiste en el depósito o pago de éstas 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 con presentar 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. 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 fedatario público, 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. 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 realizados por los administradores y directivos en el ejercicio de sus funciones responde la sociedad, por lo tanto, los perjudicados deberán dirigir sus reclamaciones contra ella. Posteriormente, la sociedad podrá repercutir lo pagado por los actos ilícitos de los administradores o directivos ejerciendo una acción social de responsabilidad contra los administradores y un derecho de repetición contra los directivos.

Otros supuestos distintos del anterior: *a)* cuando la sociedad contrata un seguro de responsabilidad por cuenta propia (la sociedad es tomadora del seguro y asegurada), y *b)* cuando los administradores y directivos contratan un seguro de responsabilidad por actos propios realizados al margen del ejercicio de sus funciones.

#### 6. Conclusiones:

- a)* 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.
- b)* No será necesario depositar el dinero efectivo para constituir la fianza, sino que bastará con la cesión de la póliza de seguro que cubra el riesgo de prestación de fianzas siempre que dicha póliza garantice la liquidez inmediata de la cantidad establecida como fianza en el momento de su ejecución.
- c)* 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.
- d)* Sería conveniente elaborar una cláusula que, garantizando el riesgo de cobertura de fianzas, tratara de mitigar en alguna medida los problemas detectados.



---

Para cualquier duda, por favor póngase en contacto con:

**Fernando de las Cuevas**

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

**Íñigo Erlaiz**

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

**Santiago Gómez-Acebo**

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

**Enrique Ortega**

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

**Francisco Peña**

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

**Ángel Varela**

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

---

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

Barcelona | Bilbao | Madrid | Valencia | Vigo | Bruselas | Lisboa | Londres | Nueva York