

Boletín de Seguros

Coordinador:

Pablo Muelas García

Socio. Grupo de Seguros de Gómez-Acebo & Pombo



Sumario

Introducción	3
— Los fantasmas de la ley de distribución	3
Análisis normativo	5
— Tratamiento de la figura del <i>tercero responsable</i> de los daños en los seguros de responsabilidad civil de vehículos a motor: procedencia de la acción de subrogación y de la acción de repetición	5
Análisis jurisprudencial	8
— Presunción del carácter estimado de la póliza	8
— Indemnización debida en caso de colisión de dos vehículos sin prueba de la contribución causal de sus respectivos conductores a la producción de los daños recíprocos	9
Otros	11
— El ciberseguro como elemento esencial del desarrollo de la economía digital	11
— Planes de pensiones (de empleo) y liquidación de la sociedad de gananciales	13
— Exención de las indemnizaciones por daños personales: referencia especial a los seguros de accidentes	17

© Gómez-Acebo & Pombo Abogados, 2020. 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: José Á. Rodríguez y Ángela Brea • Maquetación: Rosana Sancho Muñoz • Edición y corrección: Cristina Sierra de Grado

Introducción

Los fantasmas de la ley de distribución

En estos días se cumplen treinta y cinco años de la fecha de estreno en España de la divertida película *Los cazafantasmas*, una comedia taquillera con toques de ciencia ficción y música pegadiza.

Casualidades de la vida, quería escribir sobre algunos aspectos de la normativa de distribución que, por su indefinición, falta de sistematización o anclaje forzado, representan zonas grises de pronóstico problemático. Llámoslos *fantasmas*.

Algunos son ya clásicos —me temo—, como las **agencias de suscripción**. Siguen sin gozar de la condición de distribuidores de seguros (se regulan de hecho en la normativa de ordenación de entidades aseguradoras) y, por tanto, de cualquier pasaporte europeo. Esta circunstancia excepcional en la Unión Europea nos coloca en una situación de desventaja competitiva cuando se trata, por ejemplo, de atraer *coverholders* que huyen de las consecuencias del *brexit*. Tendrán que reconocerme que el hecho de que la futura norma reguladora de la distribución sólo mencione a las agencias de suscripción en una ocasión como referencia de incompatibilidad de los corredores las hace merecedoras de estar en esta lista de *fantasmas*.

Los **rappels** de los corredores son otro espectro que no podemos dejar de citar. La futura norma de distribución, en la redacción de mayo del 2018 que conocemos, sigue planteando un esquema rígido de retribución que, sumado a las cadenas de una interpretación antigua (pero aún en su web) de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, se choca de bruces con el mundo de los vivos. El diagnóstico no es tan tétrico si hacemos valer un deseable carácter preeminente del nuevo principio general de conducta que se exige a los distribuidores —compatible con muchos *rappels*— y la aproximación posibilista del supervisor en los últimos años.

Además, la futura ley trae de la mano otros aspectos de difícil catalogación. El **mediador de seguros complementarios**, por ejemplo. Superado el ambiguo rasgo definitorio de la vigente ley relativo a «que el contrato de seguro solo exija que se conozca la cobertura del seguro», esta figura deviene interesante, para algunos candidatos a serlo, cuando no se le aplica la ley. Ahora bien, el mediador de seguros complementarios que no cumple los requisitos liberatorios, ¿en qué situación queda?, ¿debe ser agente, corredor?, ¿un tercer género?, ¿análogo a los colaboradores externos en el sentido de depender de otro mediador? El proyecto de ley ya decaído dejó este dibujo incompleto, prestándose a diversas interpretaciones.

Con el **colaborador externo**, como sucede con los actores de largo recorrido, uno no sabe bien a qué atenerse. Al margen de cambio de nombre, escisiones y consolidaciones posteriores, con el desgaste que tanto movimiento genera en el perfil de la figura, pesa sobre ella el rigor del papel que le tocó interpretar en otros tiempos. Uno repasa los pronunciamientos de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones sobre este particular y se sobrecoge ante tanta limitación de sus

capacidades. La evolución del artículo de la futura ley que los regula, sin embargo, apunta a una nueva juventud llena de libertad y potencialidades, en línea con el desarrollo del mercado.

Comparadores de seguros: una de las referencias más utilizadas en las presentaciones que se hicieron de la Directiva sobre la distribución de seguros como señal de modernidad y acomodo a los nuevos tiempos. Nuestra futura ley los cita en dos ocasiones en la exposición de motivos y otras tantas en el cuerpo regulatorio: en primer lugar, para afirmar que el concepto de distribución incluye la actividad que desarrollan estos comparadores y, en segundo, para reconocer que los mediadores podrán servirse de sitios web en los que se comparen precios. ¿Esto es todo? Sí, no hay más, debiendo probablemente asumir una cierta sobreestimación en la regulación de esta figura, que parece limitarse a reconocer lo evidente sin entrar a disciplinar aspectos prácticos en beneficio de la seguridad jurídica. Por ser más preciso, sabemos que la actividad de comparación es distribución y, también, que los mediadores podrán hacer esas comparaciones, pero ¿cabría que un no mediador (por ejemplo, un colaborador externo) fuera un comparador?

Prevención de conflictos de intereses: uno de los instrumentos más útiles de la caja de herramientas, más aún en un contexto en el que a) se admiten las comisiones, pagadas por las aseguradoras a los corredores, llamados estos últimos a actuar de modo independiente y al servicio de los intereses de sus clientes, y b) se suprimen paulatinamente restricciones a la libre voluntad de las partes (supuestos de incompatibilidad, por ejemplo) en favor de un mercado más profundo —y quizá también más complejo—. A pesar del principio general de los distribuidores de actuar en beneficio de los intereses de los clientes, estos dos dinamizadores tienen como contrapartida el riesgo de darse situaciones de conflicto que deben ser debidamente atendidas («gestionadas», dice la norma) para proteger a la parte débil de la ecuación: el cliente. La norma española, como la europea, hace una aproximación gradual al problema desde la base de que hay que tomar medidas para primero, detectar; luego, impedir perjuicios a los intereses de los clientes y, sólo si estas últimas no funcionan, informar a los potenciales perjudicados. ¿Cómo? Sí, por increíble que parezca, si se detecta un conflicto con el interés del cliente y no se puede «gestionar», la norma no prohíbe seguir adelante —que sería lo más lógico—, sino que lo permite y obliga simplemente... a informar. Dando por bueno *fantasma* como animal de compañía, lo más inexplicable de la norma es que este recurso imperfecto se reserva para la distribución de productos de inversión basados en seguros. ¿Y los otros tipos de seguros? ¿Su comercialización está exenta del riesgo de convivir con situaciones de conflicto de intereses por parte de sus distribuidores?

Prácticas de ventas combinadas y vinculadas. Este *fantasma* no es de comedia, como la película que encabezaba el artículo, sino de cine de terror. Con este título se nombra una sección de la norma y un artículo (único). A pesar de esa doble referencia, no se define en ningún sitio de esta ley qué es venta combinada y qué es venta vinculada. Recuérdese que en el proyecto de ley había un artículo dedicado a las definiciones. Lo peor de esta ausencia es que el artículo —que nada tiene que ver con su título, sino con el régimen que se introduce cuando el seguro es producto principal o auxiliar de otro de naturaleza distinta— impone al distribuidor informar al usuario de manera expresa y comprensible de que se está realizando una práctica de venta combinada o vinculada... sin haberse definido antes. Como sabemos, tenemos que acudir a la Ley 5/2020,

de 15 de marzo, Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario, para encontrar lo que necesitamos. Curiosamente esta norma también tiene un artículo, el 17, que presenta el mismo título que el nuestro, si bien en ese caso sí que se regulan tanto las ventas vinculadas como las combinadas. Además, en su artículo 4, la Ley 5/2020 define una y otra forma de venta.

La aplicación sistemática de una y otra norma nos conduce a un resultado no particularmente claro: la venta de un seguro como producto principal de otro de naturaleza distinta puede hacerse de forma combinada o vinculada (deducción); en el caso contrario, sólo cabe la venta combinada, si bien se excluyen de esta regla los casos habituales que tienen su propia regulación, por ejemplo, la de los créditos inmobiliarios. En esta fiesta de la confusión aparece un apartado que excluye la aplicación del artículo —por lo que pueda pasar, porque no son ni vinculados ni combinados ni principales ni auxiliares— a los contratos de seguro que incluyen distintos tipos de riesgos (pólizas multirriesgo).

En algún otro rincón del proyecto de la futura ley adivino otros posibles *fantasmas*, capaces de generar también actividad sobrenatural. Dejémoslos vivir de momento y veamos cómo evoluciona la futura ley, aún con margen para depurar estas posibles inconsistencias. Si la resistencia de los *fantasmas* supera el buen hacer del regulador, tendremos que decir, como en la película *1984*, «suceda lo que suceda, seamos profesionales».

Pablo Muelas García

Análisis normativo

Tratamiento de la figura del *tercero responsable* de los daños en los seguros de responsabilidad civil de vehículos de motor: procedencia de la acción de subrogación y de la acción de repetición

En el contexto de los seguros de auto, la distinción entre la acción de subrogación, prevista en el artículo 43 de la Ley de Contrato de Seguro¹, y la acción de repetición, regulada en el artículo 10 de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor², genera en la actualidad no pocas dudas en lo relativo a su procedencia y aplicación en la práctica aseguradora.

¹ Ley 50/1980, de Contrato de Seguro.

² Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor.

En nuestro ordenamiento, el derecho de subrogación —regulado en el artículo 43 de la Ley de Contrato de Seguro dentro del título dedicado a los seguros contra daños— faculta al asegurador para, una vez pagada la correspondiente indemnización al asegurado, ejercer los derechos y acciones que, por razón del siniestro, correspondieran al asegurado frente a las personas responsables del daño ocasionado, hasta el límite de la indemnización. Por su parte, mediante el derecho de repetición —regulado en el artículo 10 de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor—, el asegurador, una vez haya efectuado el pago de la correspondiente indemnización para cubrir el daño ocasionado al tercero, puede interponer una acción para recuperar, del causante del siniestro, la cantidad abonada. Esta acción podrá ir dirigida contra los siguientes sujetos y en las siguientes circunstancias: a) contra el conductor, el propietario del vehículo causante y el asegurado, cuando el daño fuera causado por la conducta dolosa de cualquiera de ellos o por la conducción bajo la influencia de estupefacientes o sustancias psicotrópicas; b) contra el tercero responsable de los daños; c) contra el tomador del seguro o asegurado, por las causas previstas en la Ley de Contrato de Seguro y, conforme a lo previsto en el contrato, en el caso de conducción del vehículo por quien carezca del permiso de conducir; así como d) en cualquier otro supuesto en que también pudiera proceder tal repetición con arreglo a las leyes.

Pese a la aparente similitud entre ambas figuras que, además, nacen del mismo hecho —el pago de la indemnización por el asegurador—, en realidad derivan de presupuestos diferentes y tienen consecuencias jurídicas distintas.

El derecho de subrogación se articula por medio de una acción de naturaleza indemnizatoria que nace sobre la base del contrato de seguro existente entre asegurador y tomador. En cuanto a su funcionamiento, el derecho de subrogación, en aplicación de los mecanismos ordinarios de la subrogación legal³, sitúa al asegurador en idéntica posición que el asegurado, quedando aquél facultado para ejercer la misma acción que correspondía a este último. Con ello, el ejercicio de la acción subrogatoria trata de evitar, de un lado, que el tercero responsable del siniestro quede exento de su obligación de resarcir el daño causado y, de otro, el enriquecimiento injusto del asegurado.

A diferencia de la anterior, la acción de repetición representa una acción de naturaleza reparadora, totalmente autónoma e independiente, que encuentra su origen en la propia ley. En este sentido, el fundamento de la acción de repetición descansa en la existencia de una acción previa, la acción directa, reconocida en el artículo 76 de la Ley de Contrato de Seguro, basada en la indemnidad del perjudicado, en la medida en que otorga al tercero damnificado la facultad de ir contra la aseguradora del causante sin tener que pasar por éste⁴. De este modo, el derecho de repetición se articula mediante una acción autónoma que concede al asegurador la facultad

³ A diferencia de la denominada subrogación convencional, que nace del mero acuerdo entre el antiguo y el nuevo acreedor (tercero que paga la deuda), la subrogación enmarcada en el contexto del artículo 43 de la Ley de Contrato de Seguro, constituye una subrogación legal, en los términos del artículo 1210 del Código Civil.

⁴ La acción directa legitima al perjudicado para dirigir su pretensión resarcitoria contra el asegurador que, en consecuencia, deberá hacerse cargo del daño ocasionado. El fundamento de la acción directa descansa sobre la idea de que el perjudicado debe ser indemnizado por el asegurador, aun cuando el asegurado, estando en la misma posición, no hubiera estado legitimado para ello.

de recuperar o recobrar, del causante del siniestro, lo resarcido por los daños por los que previamente ha indemnizado al tercero damnificado.

En resumidas cuentas, mientras la acción de repetición concede un nuevo crédito al asegurador contra el deudor⁵, la acción de subrogación⁶ presupone la existencia de un crédito —correspondiente en principio al asegurado— que es transmitido en virtud del mecanismo subrogatorio al asegurador.

Ahora bien, como se ha indicado al comienzo, junto con los presupuestos señalados para el ejercicio de estas acciones, la propia ley establece, además, una serie de límites y exclusiones que en la práctica delimitan la virtualidad de aquéllas.

Así, de la lectura del artículo 43 de la Ley de Contrato de Seguro se desprenden los siguientes límites al ejercicio de la acción de subrogación: 1) no podrá perjudicar al asegurado; 2) no podrá ser dirigida contra las personas cuyos actos u omisiones den origen a la responsabilidad del asegurado, sus parientes en línea directa o colateral dentro del tercer grado civil de consanguinidad, padre adoptante o hijo adoptivo que convivan con él, y 3) la reclamación no podrá superar la cantidad satisfecha en concepto de indemnización.

En lo relativo al derecho de repetición, la propia redacción del artículo 10 de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor contiene una limitación implícita, al delimitar el perímetro de los sujetos y situaciones respecto de los cuales el asegurador estaría legitimado para repetir.

Al hilo de lo anterior, una de las situaciones que genera mayor controversia en este contexto —pudiendo llegar a condicionar la viabilidad del ejercicio de la acción— está relacionada con la posición en que se sitúa en determinadas circunstancias la figura del tercero responsable de los daños, figura a la que se refiere el apartado *b* del artículo 10 de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor.

En concreto, el debate se suscita en el supuesto en el que el responsable de un siniestro amparado por el seguro de responsabilidad civil de circulación de vehículos a motor no puede ser calificado de tercero⁷ y, por tanto, la aseguradora carece de legitimación para emprender la acción de repetición contra el causante del siniestro. Ante esta circunstancia, la acción de subrogación carecería de virtualidad en la medida en que, como se ha señalado anteriormente, el asegurador no podrá ejercer en contra del asegurado los derechos en los que se ha subrogado, a tenor de la redacción del propio artículo 43 de la Ley de Contrato de Seguro.

⁵ Ex artículo 1158 del Código Civil.

⁶ Ex artículo 1212 del Código Civil.

⁷ El escenario clásico es el del accidente de circulación causado, en el contexto de una reparación rutinaria, por el empleado de un taller mecánico en cuyas manos el propietario o asegurado ha confiado (puntualmente) la reparación de su vehículo.

Ante este escenario y en la búsqueda de una solución, doctrina y jurisprudencia coinciden en la definición del concepto de ‘tercero’ en este contexto, considerando como tal «toda persona cuya responsabilidad civil no se encuentre amparada por el seguro obligatorio del vehículo causante de los daños, incluyendo su aseguradora». Partiendo de esta base, no cabría dirigir la acción de repetición por esta causa contra el conductor, el propietario del vehículo, el tomador del seguro o el asegurado, aun en el supuesto de que cualquiera de ellos pudiera ser responsable del siniestro causado.

Por tanto, atendido el contexto anterior, podríamos considerar terceros a otros conductores que hayan intervenido de forma decisiva en la causación del siniestro, pudiendo repetir frente a éstos y a su aseguradora en la proporción correspondiente a la participación de cada uno de ellos en la causación del siniestro.

Belén Navarro Carmona

Análisis jurisprudencial

Presunción del carácter estimado de la póliza

Como consecuencia de unas fuertes lluvias, se produjo, en dos días diferentes, la muerte masiva de los peces de una piscifactoría. A la vista de los dos siniestros verificados, la sociedad titular del establecimiento productivo (asegurada) formuló una reclamación contra la compañía aseguradora en razón del contrato de seguro de «protección integral de industrias» que ambas partes habían suscrito. El importe total reclamado se correspondía con el doble de la cantidad en que se habían valorado en la póliza las «existencias fijas». La Audiencia Provincial estimó parcialmente la demanda y concedió una indemnización notablemente inferior a la solicitada (calculada en función de la valoración pericial de los daños producidos).

La Sentencia del Tribunal Supremo (TS) de 1 de julio del 2020 (RJ 2020\2611) estimó el recurso de casación interpuesto en su momento por la actora. Sustancialmente, el Tribunal Supremo entendió que la póliza suscrita por las partes tenía el carácter de «estimada» (art. 28 LCS). A este propósito, la sentencia reseñada señaló lo siguiente:

- 1) En la denominada *póliza estimada*, las partes, de común acuerdo, fijan el valor del interés asegurado que habrá de ser tenido en cuenta para el cálculo de la indemnización. De esta manera se simplifican y agilizan las operaciones de liquidación de los daños y se facilita la concreción del importe de la indemnización eventualmente debida por la aseguradora. La

póliza estimada constituye, por ello, una excepción a lo previsto en el artículo 26 de la Ley de Contrato de Seguro (LCS), pues su vigencia supone la inaplicación de la regla general según la cual, para la determinación del daño, debe tenerse en cuenta el valor del interés asegurado en el momento inmediatamente anterior a la producción del siniestro. Será el valor convencionalmente atribuido al interés asegurado (valor estimado o tasado) el que habrá de considerarse para el cálculo de la indemnización (y no el valor real final del interés). Ello supone, lógicamente, que, si el daño sufrido por el interés asegurado es total, será innecesario proceder a cálculo alguno y podrá prescindirse de la prueba de la cuantía del menoscabo, ya que la cantidad a abonar será la predeterminada en el contrato (SSTS de 18 de octubre del 2007 y de 9 de octubre del 2006).

- 2) Según el Tribunal Supremo, el tenor del segundo párrafo del artículo 28 de la Ley de Contrato de Seguro permite considerar que, al margen de los supuestos en los que el pacto de estimación toma la forma de un convenio expreso, puede presumirse el carácter estimado de la póliza «cuando la asignación del valor del interés asegurado se realice de un modo específico y particularizado en el contenido de la póliza suscrita».
- 3) La sentencia reseñada entendió que esto era precisamente lo que sucedió en el caso planteado porque el valor del interés asegurado («existencias fijas») había sido objeto de una cláusula especial («aclaración detallada de existencias») que determinaba el importe asignado a cada una de las existencias de la piscifactoría, de un modo pormenorizado y diferenciado por especies (varias especies de trucha y salmón, y sus huevos).

Alberto Díaz Moreno

Indemnización debida en caso de colisión de dos vehículos sin prueba de la contribución causal de sus respectivos conductores a la producción de los daños recíprocos

Como consecuencia de un accidente de circulación consistente en la colisión frontal de dos vehículos en una confluencia de calles, se produjeron ciertos daños. El propietario y la aseguradora de uno de los vehículos, dedicado a la actividad de auto-taxi, demandaron al conductor, a la empresa de *renting* propietaria y a la aseguradora del otro vehículo involucrado (un vehículo de emergencias) solicitando la indemnización de ciertos daños no personales.

En cuanto a las circunstancias, debe resaltarse que el cruce donde ocurrió el accidente estaba regulado por semáforos en el sentido de la marcha de cada vehículo, pero que no se pudo probar la fase semafórica en que se encontraban cada uno de ellos cuando se produjo la colisión (no se pudo probar, en definitiva, cuál de los conductores infringió las señales luminosas).

En primera instancia la demanda fue parcialmente estimada, pero la Audiencia Provincial revocó esta resolución y la desestimó íntegramente. Los demandantes interpusieron recurso de casación

que fue estimado por la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo del 2020, en cuyo fallo se redujeron en un 50 % las indemnizaciones concedidas en primera instancia. La argumentación giró en torno a las siguientes ideas:

- 1) En caso de producirse *daños personales* a consecuencia de una colisión recíproca entre vehículos, procederá un resarcimiento proporcional sólo cuando pueda acreditarse el concreto porcentaje o grado de incidencia causal de cada uno de los vehículos implicados. Pero, en caso de no ser así (esto es, si no se alcanza a probar el grado de culpa de cada conductor), ambos conductores responden del total de los daños personales causados a los ocupantes del otro vehículo con arreglo a la doctrina llamada *de las indemnizaciones o condenas «cruzadas»* (SSTS de 10 de septiembre del 2012, de 4 de febrero del 2013 y de 18 de mayo del 2017). Esta doctrina jurisprudencial respondería a principios de solidaridad social con las víctimas de los accidentes de tráfico más que a los principios tradicionales de la responsabilidad civil extracontractual.
- 2) Cuando se trata de *daños en los bienes*, el régimen de la responsabilidad civil no se funda ya en ese principio de solidaridad social, sino en el de la culpa o negligencia del conductor causante del daño, No obstante, el contenido del artículo 1.1 de la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor justifica la inversión de la carga de la prueba (STS de 10 de septiembre del 2012), de manera que incumbirá al conductor demostrar que actuó con plena diligencia en la conducción.
- 3) Si en un caso particular ninguno de los conductores logra probar su falta de culpa o negligencia en la causación del daño al otro vehículo, cabrían, en principio, tres soluciones: a) que cada conductor indemnice íntegramente los daños ocasionados al otro vehículo; b) que las culpas se neutralicen de manera que ninguno de los conductores deba indemnizar los daños del otro vehículo; y c) que cada uno de ellos asuma la indemnización de los daños del otro vehículo en un 50 %.
- 4) Según la sentencia reseñada, de estas opciones es preferible la tercera por resultar la más coherente con la efectividad de la cobertura de los daños en los bienes por el seguro obligatorio de vehículos de motor. Según el Tribunal Supremo, cualquiera de las otras dos soluciones, o bien podría privar por completo de indemnización injustificadamente al propietario del vehículo cuyo conductor no hubiera sido causante de la colisión, pero no hubiese logrado probar su falta de culpa, o bien podría dar lugar a que se indemnizara por completo al propietario del vehículo cuyo conductor hubiera sido el causante de la colisión, pero sin existir prueba al respecto.
- 5) El Tribunal Supremo parece así descartar la posibilidad de un razonamiento alternativo según el cual, dado que ha de tenerse a ambos conductores por responsables (por no haber podido probar ninguno la ausencia de culpa), cada uno de ellos debería indemnizar íntegramente los daños patrimoniales sufridos por el contrario.

Alberto Díaz Moreno

Otros

El ciberseguro como elemento esencial del desarrollo de la economía digital

El ciberseguro se ha convertido en un elemento fundamental en la gestión de riesgos empresariales, cuya contratación se viene considerando una de las medidas organizativas legalmente recomendables. Sin embargo, también plantea ciertas dificultades a la hora de definir su alcance —a la vista de la rápida evolución de las ciberamenazas— y su ámbito de aplicación en caso de siniestro, lo que requiere que las empresas cuenten con un asesoramiento legal especializado.

El 2017 será recordado como el año en que nos empezamos a concienciar de la ciberseguridad. En efecto, no había transcurrido un mes desde el impacto de WannaCry, que golpeaba Petya (y las variantes de éste), lo que ponía en jaque a toda la industria y revelaba una situación conocida por las empresas, aunque demasiadas veces ignorada: la infraestructura informática sobre la que se basa el negocio está expuesta a serias amenazas.

Valga como ejemplo el incidente sufrido por el bufete de abogados panameño Mossack Fonseca, que dio lugar al escándalo conocido como *los papeles de Panamá* y que ha llevado a la desaparición de dicho despacho como consecuencia del impacto que ha tenido la masiva fuga de información de sus sistemas, indebidamente protegidos.

El impacto económico de esta variante de programa maligno (*malware*) conocida como *programa de secuestro (ransomware)* fue más que considerable en algunas grandes multinacionales, las cuales se vieron afectadas por este virus. Aunque la responsabilidad de su creación y distribución —a modo de ciberataque contra su vecina Ucrania— se atribuye a Rusia dentro del conflicto que ambos países mantenían, el virus se extendió también por empresas y organizaciones ajenas a dicha controversia. Por poner un par de ejemplos para ilustrar esta afirmación: la empresa Mondelez —considerada como la compañía fabricante de alimentos más grande Estados Unidos y la segunda del mundo— el 27 de junio del 2017 comunicó una incidencia en sus sistemas de información a nivel internacional; ese mismo día, la oficina del Reino Unido del despacho de abogados DLA Piper anunció la interrupción de su negocio como consecuencia de ese mismo incidente. Tanto una como otra se vieron afectadas por una serie de daños provocados por el mal funcionamiento de sus sistemas, lo que las obligó a interrumpir el normal desarrollo de sus actividades y les causó una serie de perjuicios valorados en millones de euros.

Ambas entidades reclamaron a sus respectivas compañías aseguradoras, las cuales consideraron que este tipo de incidentes quedaban excluidos de la cobertura de la póliza suscrita al interpretarse que se trataba de actos de guerra y, por lo tanto, no era aplicable la cobertura del siniestro. Tal circunstancia llevó a los afectados a demandar a sus aseguradoras, al efecto de dilucidar si tal interpretación era, o no, correcta.

Esta situación pone de manifiesto uno de los principales desafíos que conlleva la gestión de los ya comúnmente conocidos como *ciberriesgos*, esto es, el de la correcta tipificación del riesgo objeto de cobertura dentro de la —relativamente— dinámica taxonomía de ciberincidentes de seguridad informática que, por ejemplo, hace pública ENISA de manera anual¹, así como la adecuación de la cobertura a aquéllos.

Ante un escenario como el descrito, tanto el sector público como el privado han venido colaborando de manera intensa para lograr los objetivos de resiliencia que ha ido marcando el Gobierno de España en lo que a ciberseguridad se refiere, primero, en la Estrategia de Ciberseguridad Nacional del 2013 y, más recientemente, en la Estrategia Nacional de Ciberseguridad del 2020.

Asimismo, la normativa legal (y también la deontológica) va dirigiendo sus objetivos hacia la exigencia de nuevas obligaciones para las empresas, lo cuál está creando un entorno de cultura corporativa de ciberseguridad desconocido hasta ahora, pero bienvenido por necesario, aunque demasiado lento en su desarrollo.

En efecto, normas tales como el Reglamento General de Protección de Datos (RGPD) —y su posterior adaptación al ordenamiento jurídico español por medio de su nueva Ley Orgánica de Protección de Datos y Garantías de los Derechos Digitales— o la Directiva NIS (transpuesta en España por el Real Decreto Ley 12/2018) desarrollan este marco de obligaciones preventivas y reactivas, técnicas y organizativas imprescindibles para lograr un nivel aceptable y responsable de seguridad de la información.

Es precisamente dentro de este tipo de medidas organizativas donde se encuadra la contratación de una cobertura aseguradora con la que derivar el riesgo a un tercero, en este caso, una compañía aseguradora que ofrezca un producto de esta naturaleza.

Otras normas como, por citar algunas, la Ley de Secretos Empresariales o el Esquema Nacional de Seguridad complementan estas obligaciones, cuyo fin último es el de consolidar un auténtico ecosistema de diligencia y responsabilidad empresarial y cumplimiento normativo. Gracias a ello, España se encuentra en la séptima posición de los países mejor preparados para enfrentarse a ciberataques, según el informe sobre calidad de vida digital de la empresa Surfshark.

En lo que a la actividad aseguradora se refiere, podemos destacar la reciente publicación de la ISO/IEC 27102, sobre gestión de la seguridad de la información y guías para asegurar ciberriesgos (*Information security management-Guidelines for cyber-insurance*), o la referencia que el libro *La agenda 2030 y los ODS: nueva arquitectura para la seguridad* hace al coste de la contratación de un «ciberseguro» como estimación del coste del cibercrimen. Este tipo de menciones refuerzan la idea de que la adopción de medidas de ciberseguridad en la empresa —y en particular la contratación de ciberseguros— no sólo son meras obligaciones para el empresario,

¹ <https://etl.enisa.europa.eu/#>.

sino que van más allá: han pasado a convertirse en auténticas buenas prácticas empresariales que ayudan a las empresas a mejorar la confianza de sus clientes e inversores, a los que trasladan una imagen —cada vez más valorada— de seguridad en su actividad, diligencia en su gestión y responsabilidad en el mercado.

Este nuevo escenario ha revelado un notable incremento en la contratación de pólizas, que seguirá creciendo paralelamente al aumento del número y complejidad de los incidentes de ciberseguridad en empresas de todo tipo, tamaño y sector. Es precisamente esta complejidad la que también supone un reto para los aspectos regulatorios y legales derivados de la contratación de un ciberseguro, como también señala la Autoridad Europea de Seguros y Pensiones de Jubilación (EIOPA) en su informe del 2020 «Cyber risk for insurers – challenges and opportunities».

Por eso la línea de acción 3 dentro del objetivo II de la citada Estrategia Nacional de Ciberseguridad del 2020 ha querido destacar el papel del abogado dentro del desarrollo de la estrategia como elemento clave para el refuerzo de las capacidades de investigación y persecución de la criminalidad, pero también para garantizar la seguridad ciudadana y la protección de los derechos y libertades en el ciberespacio. En este sentido, el Gobierno tiene claro que los abogados expertos en esta rama del derecho digital desempeñan un papel claro sobre el tablero de la ciberseguridad y pueden (y deben) ayudar al resto de los agentes en su labor de lograr una industria más segura.

La colaboración, así pues, con el sector asegurador va a ser clave para el mejor desarrollo de una sociedad conectada, pero segura.

Francisco Pérez Bes

Planes de pensiones (de empleo) y liquidación de la sociedad de gananciales

Cada vez es más frecuente que, en las demandas de liquidación de la sociedad de gananciales, se plantee la naturaleza privativa o ganancial de cantidades abonadas a uno de los cónyuges o a ambos, constante el matrimonio, y derivadas de la relación laboral. Así, se ha declarado la naturaleza privativa de una indemnización por incapacidad permanente absoluta o el carácter ganancial de la indemnización por despido, si bien en cuantía y por tiempo proporcionales a la duración del matrimonio. Ahora se cuestiona la calificación del «rescate» de un plan de pensiones, habiendo mediado acuerdo previo entre los cónyuges.

1. En su momento, la Sentencia del Tribunal Supremo —Sala de lo Civil— de 14 de diciembre del 2017, Ar. 5355, declaró la naturaleza privativa de una indemnización por incapacidad permanente absoluta cobrada por el esposo durante la vigencia de la sociedad en virtud de una póliza colectiva de seguro concertada por la empresa para la que trabajaba. Más recientemente, el mismo tribunal, en su Sentencia—Sala de lo Civil— de 3 de julio del 2020,

Ar. 2670, ha considerado que la indemnización por despido tendrá carácter ganancial únicamente por la cuantía y el tiempo proporcionales a la duración del matrimonio.

Ahora, la Sentencia del Tribunal Supremo —Sala de lo Civil— de 6 de junio del 2020, Ar. 2738, aborda otro supuesto asimismo interesante en relación con el rescate de un fondo de pensiones. En la demanda de liquidación de la sociedad de gananciales se plantea como única cuestión de litigio la calificación de privativo o de ganancial del fondo de pensiones del esposo. El Juzgado de Primera Instancia concluyó que el fondo de pensiones del demandado debía considerarse incluido en el acuerdo suscrito por ambas partes años atrás en el que se pactó que, cuando se rescatara dicho fondo, sería repartido por mitad. Por tanto, se interpreta que se anotó en el inventario como bien ganancial. No en vano, en uno de los puntos del acuerdo, las partes se comprometen a que cuando el fondo sea rescatado «se repartirá a partes iguales», habiendo reconocido la parte demandada que todos los bienes incluidos por la actora eran bienes gananciales. «Efectivamente, así es, porque tampoco proceden mayores disquisiciones sobre el carácter ganancial del importe cobrado por el demandado a consecuencia del plan de pensiones, debiendo estarse a lo expresamente pactado por las partes, aunque dicho documento no fuese elevado a público. Ni cabe discernir sobre si son o no gananciales las aportaciones al plan, o bien deba considerarse así el íntegro importe cobrado por el Sr. Juan Enrique, porque en aplicación de la doctrina de los actos propios, y de las obligaciones asumidas contractualmente (arts. 1255 y 1258 CC), el total percibido por el demandado fue considerado ganancial, que debió repartirse por mitad entre los litigantes».

2. No acepta esta solución el demandado y, en su recurso de apelación, alega el tenor literal del acuerdo suscrito en su día. En atención a él, se reconoce que el fondo de pensiones de la esposa ha sido ya rescatado y se halla en régimen de gananciales, pero el «fondo de pensiones» del esposo, «cuando se rescate, se repartirá a partes iguales». Pues bien, entiende el recurrente que, comoquiera que el término empleado es el de «fondo de pensiones» y no el del «plan de pensiones», la referencia ha de efectuarse a las cantidades que se aportan para dar cumplimiento a un «plan de pensiones» y no a las cantidades derivadas del cobro de este último. En el conflicto planteado se requiere un fondo de pensiones cuyas aportaciones son efectuadas en exclusiva por parte de la empresa. En este sentido, el demandado considera que la sentencia de instancia interpreta erróneamente el acuerdo, pues al referirse éste al «fondo de pensiones» no puede estar aludiendo a aquel que está constituido y financiado «por la empresa», sino tan sólo a los fondos de pensiones que hubieran sido suscritos y financiados por el esposo a título individual.

Así lo admite la sentencia dictada en apelación por la Audiencia Provincial, que revoca la sentencia de instancia entendiendo que el fondo de pensiones («de empresa») tiene carácter privativo. Estima que el fondo de pensiones se halla directamente relacionado con el contrato de trabajo del esposo, tratándose de una condición de trabajo. Por lo demás, el fondo se nutre de las aportaciones efectuadas por la empresa para la que trabaja el demandado, de forma que la sociedad de gananciales no realizó ningún desembolso dirigido a este fondo y, en consecuencia, nada puede reclamar. Por las «razones económicas que

sean y en beneficio de dicha empresa, se concierta tal fondo de pensiones cuyos fondos los aporta la empresa y no el trabajador. Es decir, es algo impuesto; no nace de la voluntad privada de las partes ni del matrimonio y no es dinero el de las aportaciones que saliera de dicho matrimonio» (FJ 2).

3. Frente a esta tesis, el recurso de casación se articula en un solo motivo —la infracción del artículo 1323 del Código Civil—, que se relaciona con la vulneración de la doctrina jurisprudencial de la Sala Primera que interpreta dicho artículo como reconocimiento implícito del principio de libertad de contratación que rige entre los cónyuges («Los cónyuges podrán transmitirse por cualquier título bienes y derechos y celebrar entre sí toda clase de contratos»). La recurrente argumenta que la sentencia recurrida considera el plan de pensiones como un bien de naturaleza ganancial, sin hacer referencia alguna al contenido del acuerdo suscrito entre los litigantes, lo que supone obviar el contrato privado existente entre los cónyuges. Sin embargo, la jurisprudencia del orden civil (SSTS de 19 de octubre del 2015, Ar. 4869, y de 24 de junio del 2015, Ar. 2657) proclama el principio de libre contratación entre cónyuges, en aplicación del citado artículo 1323 del Código Civil. Así, por ejemplo, la Sentencia de 24 de junio del 2015, Ar. 2657, interpreta que «en el profundo cambio del modelo social y matrimonial que se viene experimentando (art. 3.1 CC) la sociedad demanda un sistema menos encorsetado y con mayor margen de autonomía dentro del derecho de familia, compatible con la libertad de pacto entre cónyuges que proclama el artículo 1323 del Código Civil, a través del cual debe potenciarse la facultad de autorregulación de los cónyuges (art. 1255 CC) que ya tiene una regulación expresa en lo que se refiere a los pactos prematrimoniales, previsores de la crisis conyugal» (FJ 5).

La Sentencia del Tribunal Supremo —Sala de lo Civil— de 6 de junio del 2020, Ar. 2739, que se analiza revoca la de apelación y confirma la de instancia. Entiende el alto tribunal que esta última adoptó como *ratio decidendi* (causa de decidir), al margen de la calificación como privativo o ganancial, el hecho de que las propias partes, en el acuerdo firmado, hubieran atribuido naturaleza ganancial al plan de pensiones. Pues bien, teniendo en cuenta el contenido del artículo 1323 del Código Civil, la Sala de lo Civil declara que «al margen de la calificación del plan de pensiones (STS 27 de febrero del 2007) lo que es indiscutible, es que las partes acordaron que el fondo de pensiones de Juan Enrique se repartiría a partes iguales, acuerdo que tiene sustento en el principio de libertad de contratación de los cónyuges (Sentencias 572/2015, de 19 de octubre, y 373/2005, de 25 de mayo)» (FJ 3). Además, la sentencia aporta dos matices en relación con la decisión adoptada: que en el documento privado no había quedado excluido expresamente el plan de pensiones de empresa y que el citado acuerdo se mantiene en vigor en tanto la escritura posterior de adición de liquidación no ha dejado constancia de lo contrario.

4. La solución en este caso concreto se antoja sencilla, pues se recurre al acuerdo firmado entre las partes cuyo contenido no se cuestiona. Sin embargo, el contenido es importante toda vez que la discrepancia sobre la interpretación de lo acordado constituye un elemento determinante del resultado en el proceso. Y, así, es cierto que el fondo de pensiones y el plan de

pensiones no tienen ni la misma significación ni el mismo tratamiento normativo. No obstante, es evidente que, en una interpretación sistemática del contexto, lo que se cuestiona es la consideración como ganancial del «rescate» del plan de pensiones de empleo del esposo, cuando aquél se produzca [vide, en este sentido, la reforma introducida en la regulación de planes y fondos de pensiones por el Real Decreto 62/2018, de 9 de febrero (BOE, de 10 de febrero), comentada en esta misma sección de *Análisis GA_P*]. Y porque así se ha pactado, esto es, porque las partes han decidido dividir a partes iguales el montante del «rescate» del plan de pensiones cuando éste se produzca.

Puede cuestionarse —como intentó hacer el demandado— si lo que se planteaba era el reparto de los planes de pensiones derivados de fondos de pensiones financiados por el cónyuge a título individual (planes y fondos del sistema individual) y no de los que provenían de los fondos financiados por la empresa (planes y fondos del sistema de empleo). De ser así, si lo que uno de los contratantes —el esposo— quería incluir en el acuerdo —firmado por ambos— era que la cantidad que repartir a partes iguales cuando se «rescatara» el plan de pensiones sólo se circunscribiera a los planes derivados de fondos suscritos a título individual —y, por tanto, con cantidades aportadas por el esposo que, por ende, pudieran considerarse de naturaleza ganancial— y no a los planes y fondos del sistema de empleo —suscritos y financiados por la empresa, en este caso en exclusiva—, debía haberlo hecho constar, pues, ante la duda, es razonable que la sentencia que se analiza no distinga.

Sin embargo, sí que cabría cuestionar si, de no haber mediado acuerdo o incluso median-do alguno, el resultado alcanzado es idóneo. En su día, la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero del 2007, Ar. 1632, considerando que los planes de pensiones se distinguen del salario porque «si bien se trata de una prestación económica a favor del trabajador, no produce un incremento de su patrimonio, sino que pasan a formar parte de un fondo de pensiones que será gestionado por un tercero, de manera que los partícipes no tienen ningún control sobre las cantidades integradas en el correspondiente fondo» (FJ 5), estimó que, a diferencia del salario, y puesto que se trataba de una pensión semejante a la de jubilación (SSTS de 20 de diciembre del 2003, Ar. 9199, y de 20 de diciembre del 2004, Ar. 61/2005), el carácter de estos planes de pensiones debía ser ganancial.

Mas, si se tiene en cuenta lo dispuesto en el artículo 1346.5 del Código Civil, son bienes privativos, entre otros, los bienes y derechos patrimoniales inherentes a la persona y los no transmisibles *inter vivos*; por lo demás, serán gananciales los frutos, rentas o intereses que produzcan tanto los bienes privativos como los gananciales (art. 1347.2 CC). No obstante, «siempre que pertenezca privativamente a uno de los cónyuges una cantidad o crédito pagadero en cierto número de años, no serán gananciales las sumas que se cobren en los plazos vencidos durante el matrimonio, sino que se estimarán capital de uno u otro cónyuge, según a quien pertenezca el crédito» (art. 1348 CC), pese a que «el derecho de usufructo o de pensión, perteneciente a uno de los cónyuges, formará parte de sus bienes propios; pero los frutos, pensiones o intereses devengados durante el matrimonio serán gananciales», ex artículo 1349 del Código Civil. En definitiva, se trata de un contexto normativo que obliga a diferenciar el «derecho a

la pensión» de la propia «pensión» percibida y que, a la hora de determinar el carácter privativo o ganancial de la cantidad «rescatada», exige interpretar si el «rescate» en cuestión constituye un derecho, una pensión, un crédito o un bien patrimonial, sin que la decisión ahora analizada permita anticipar ninguna conclusión al respecto.

Lourdes López Cumbre

Exención de las indemnizaciones por daños personales: referencia especial a los seguros de accidentes

La Dirección General de Tributos ha analizado recientemente algunos casos en los que se perciben rentas en concepto de indemnizaciones, a efectos de determinar si resulta aplicable la exención prevista en el artículo 7d de la Ley 35/2006, beneficio fiscal referido a «las indemnizaciones como consecuencia de responsabilidad civil por daños personales, en la cuantía legal o judicialmente reconocida».

Así, en primer lugar, en la consulta vinculante V0890-19, de 24 de abril, analiza la posibilidad de incluir entre dichas indemnizaciones las percibidas por un contribuyente como consecuencia de la negligente actuación profesional de su abogada, cantidades que abonarían tanto el despacho profesional en el que ésta trabaja como la aseguradora del mismo.

En este caso, el centro directivo, sobre la base de que la indemnización se corresponde con un perjuicio económico y, por tanto, con daños de carácter patrimonial distintos de los personales amparados por la exención, descarta la aplicación de la referida exención. De ese modo, las cantidades así percibidas en concepto de indemnización —cuantificadas por el importe que determine el acuerdo extrajudicial o la sentencia—, en cuanto derivadas de la responsabilidad civil contractual, tributarán como ganancias patrimoniales y se integrarán en la base imponible general del impuesto sobre la renta de las personas físicas.

Por otra parte, en la consulta vinculante V0914-19, de 29 de abril, analiza la posibilidad de aplicar la citada exención respecto de una indemnización percibida por una persona declarada en situación de incapacidad permanente absoluta en virtud de un seguro de vida temporal anual renovable —contratado por su empresa— que cubría la contingencia de invalidez provocada por accidente o enfermedad, así como el fallecimiento.

A esos efectos, la Dirección General repara en el hecho de que el citado artículo 7d, en su segundo párrafo, extiende la exención analizada a las indemnizaciones por daños personales que provengan de contratos de seguro de accidentes, entendiendo por *accidente* —según lo dispuesto en el artículo 100 de la Ley de Contrato de Seguro— «la lesión corporal que deriva de una causa violenta, súbita, externa y ajena a la intencionalidad del asegurado, que produzca invalidez temporal o permanente o muerte».

Pues bien, teniendo en cuenta que el contrato de seguro sobre el que se consulta cubre no sólo riesgos derivados de accidentes según la definición anterior, sino también derivados de enfermedad, la indemnización por incapacidad permanente que se perciba, tanto si proviene de la contingencia de enfermedad común como si proviene de un accidente, no derivaría de un seguro de accidentes y, en consecuencia, no sería aplicable la exención prevista en el aludido artículo 7d, debiendo tributar en este caso como renta del trabajo.

Pilar Álvarez Barbeito

Para cualquier duda, por favor, póngase en contacto con el siguiente letrado:

Pablo Muelas García

Socio, Madrid
Tel.: (+34) 91 582 91 00
pmuelas@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.