

# Boletín de Seguros

---

Coordinador:

**Pablo Muelas García**

*Socio. Grupo de Seguros de GA\_P*



# Sumario

<b>Introducción</b> .....	<b>3</b>
— <i>Winter is coming</i> .....	3
<b>Análisis normativo</b> .....	<b>5</b>
— Las obligaciones de información sobre los productos de inversión basados en seguros (I) .....	5
<b>Análisis jurisprudencial</b> .....	<b>15</b>
— Fin de la vigencia de la exención por categorías de la prohibición de los acuerdos de intercambios de información y cooperación en el sector de los seguros .....	15
— ¿Sería válida la cláusula en un seguro de accidentes personales que remitiera al «baremo de tráfico» para el cálculo de la indemnización? .....	16
— ¿Cuándo procede reclamar los intereses moratorios de la indemnización en el caso de la subrogación comprendida en el artículo 43 de la Ley de Contrato de Seguro? .....	19
— El acuerdo atributivo de competencia en un contrato de seguro no vincula a la víctima que ejerce la acción directa .....	24
<b>Análisis tributario</b> .....	<b>24</b>
— La entrada en vigor del sistema de suministro inmediato de información (SII): especial referencia a sus consecuencias para el sector asegurador .....	24
<b>Análisis operacional</b> .....	<b>29</b>
— Aspectos prácticos de los seguros de <i>representations and warranties</i> (y II) .....	29

© Gómez-Acebo & Pombo Abogados, 2017. Todos los derechos reservados.

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

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

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

## Introducción

### *Winter is coming*

Los aficionados a la serie de Juego de Tronos, que tan atentos nos ha tenido a la pantalla estas pasadas vacaciones, sabrán que esta frase es algo más que una afirmación de connotaciones temporales. Es una advertencia a modo de mantra con la que unos y otros se conciencian de la necesidad de tomar medidas ante un futuro cierto, y no precisamente sencillo de afrontar.

Permítanme no ser tan agorero. Con la no tan lejana experiencia de la entrada en vigor de Solvencia II, lo que tenga que venir, por comparación, no debería plantear mayores problemas de adaptación. Pasemos revista a algunos de los principales desafíos en el horizonte.

El pasado 1 de septiembre entró en vigor el Reglamento de Ejecución (UE) 2017/1469 de la Comisión por el que se establece un formato de presentación normalizado para el documento de información sobre productos de seguro. No obstante, en la medida en que este Reglamento desarrolla el artículo 20.5 de la Directiva (UE) 2016/97 (sobre la distribución de seguros, IDD) relativo a la información que debe contener el documento de información sobre el producto de seguro, no debemos entenderlo aplicable hasta tanto se haya transpuesto la directiva que le sirve de antecedente.

De tanto repetirla, se nos ha quedado grabada a fuego la fecha límite de transposición de la IDD, el 23 de febrero del 2018. ¿Y si no se llega a tiempo? En condiciones normales habría margen para la preceptiva tramitación parlamentaria. Pero, permítanme considerarlo, quién sabe si otras cuestiones impedirán el ritmo normal de desarrollo de los acontecimientos. En tal caso, habrá que recurrir a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea para hablar del *efecto directo* de las directivas en determinadas circunstancias.

Es lógico que la eficacia de una directiva —norma europea que establece objetivos—, no quede al albur de la voluntad o capacidad del Estado responsable de su transposición. Para contrarrestar el riesgo de que dicha transposición pudiera quedar bloqueada por la inacción del Estado, se le reconoce a la directiva efecto directo. En su virtud, los particulares pueden reclamar el reconocimiento de los derechos previstos en la directiva, aunque resulten incompatibles con la normativa nacional. Nótese que esta facultad no se le reconoce al Estado incumplidor para exigir a los particulares el cumplimiento de las obligaciones previstas en la directiva.

Descendiendo al caso concreto, ¿podrían los tomadores exigir, a partir del 23 de febrero del 2018 que se les entregue el documento de información sobre el producto de seguro si la IDD no ha sido aún transpuesta en España? Por una parte, es evidente que se trata de un derecho (de información) que refuerza la protección de los ciudadanos; por otra, su contrapartida es una obligación que corresponde cumplir a las entidades aseguradoras o a los distribuidores de seguros, no al Estado. No

estamos puramente ante el (prohibido) efecto directo horizontal porque la eventual reclamación no se da entre dos particulares. Aquí el riesgo de que la seguridad jurídica quede comprometida por el hecho de que no se haya transpuesto la IDD es ciertamente menor. Primero, porque el texto europeo se publicó en el *Boletín Oficial del Estado* el 2 de febrero del 2016; en segundo lugar, porque los borradores de norma de transposición se debatieron (y después publicaron) en la Junta Consultiva de Seguros y Fondos de Pensiones, donde las entidades aseguradoras están representadas a través de UNESPA; y por último, porque esa obligación prevista en el artículo 20.5 de la IDD se ha desarrollado en el reglamento de ejecución anteriormente citado, que resulta de obligado cumplimiento, a mi juicio, a partir del 23 de febrero del 2018 como plazo máximo de entrada en vigor.

El pasado mes de agosto han tenido lugar, además del estreno de la séptima temporada de la serie de televisión de referencia, otras noticias que han recibido justificado eco en la prensa. Este boletín ha reflexionado, en su número 7, sobre el *brexit* y sus consecuencias. La evolución de las negociaciones reclama, de nuevo, nuestra atención. Según pasa el tiempo —que en esta negociación es muy relevante por lo que supone llegar al 29 de marzo del 2019 sin un acuerdo—, las tensiones van en aumento. En el punto en el que nos encontramos, fijar la «factura» de salida de la Unión Europea para el Reino Unido parece el obstáculo más inmediato. Pero hay más. Se advierte que las fricciones del proceso de salida suscitan un cierto debate interno (en el Reino Unido) sobre la bondad de la decisión tomada. Cuando de los grandes conceptos se descienda a medidas concretas, más sensibles para el gran público, será difícil evitar algún tipo de debate en ese sentido. El ex primer ministro Tony Blair, ha hecho suya la causa de la reversión del *brexit*.

Mientras lo anterior sucede, y en previsión de que el *brexit* realmente ocurra, observamos que las empresas británicas van tomando decisiones que afectan a su localización. Fráncfort, especialmente, pero también Bruselas, Luxemburgo, París, Dublín o Madrid viven este acontecimiento con indisimuladas expectativas. Paradójicamente, estas noticias se entrecruzan con otras (¿interesadas?) que hablan de la potencia de la *City*, y de su reconfiguración como nueva sede *off-shore* del negocio financiero.

Resulta difícil pensar que una negociación como ésta pueda tener un resultado satisfactorio para ambas partes. Aunque el espíritu de partida debería ser el contrario, este proceso, en muchas de sus características, tiene los mimbres de una negociación competitiva, es decir, lo que una parte gana, la otra lo pierde. Cuando el presidente de la Comisión Europea afirma que no será un divorcio amistoso y Angela Merkel, que los británicos no deben hacerse ilusiones, se presenta la necesidad para la Unión Europea de alcanzar un resultado que, por lo menos, no mejore la situación de partida del Reino Unido. En parte por no sentir la humillación de reconocer que la Unión Europea ha dejado de ser un sueño para pasar a ser una carga, y en parte para disuadir a otros países de seguir el mismo camino.

Entenderán que todo lo que el *brexit* implica no nos puede dejar indiferentes. Valga aquí, metafóricamente, el título de este artículo. Profundizaremos en la dimensión política, geoestratégica y aseguradora del *brexit* en una jornada que celebraremos el día 18 de septiembre en nuestra sede,

acompañados por representantes de la Administración española (el director general de Comercio e Inversiones y el subdirector general de Seguros y Regulación) y de la Embajada británica en España (el director de Economía y Política).

Pablo Muelas García

---

## Análisis normativo

### Las obligaciones de información sobre los productos de inversión basados en seguros (I)

#### 1. Introducción

La complejidad de los productos ofrecidos actualmente por las entidades financieras ha motivado un movimiento legislativo tendente a garantizar que el adquirente de dichos productos disponga de toda la información necesaria para hacer un juicio de valor sobre la inversión y los riesgos que conlleva. Se trata de que el inversor o el cliente pueda decidir con conocimiento de causa si opta por adquirir el producto financiero ofrecido u otro que cumple la misma finalidad o abstenerse de llevar a cabo la operación.

Frente a la situación anterior de falta de información suficiente y comparable y presentación confusa y no adecuada de los productos financieros, que dificultaba el conocimiento y la comprensión del producto, especialmente en cuanto a los riesgos que comporta, y la posibilidad de comparación con otros de diferente naturaleza contractual pero similar función inversora, la nueva normativa ha impuesto unas exhaustivas obligaciones de información a los comercializadores de productos financieros para mitigar los problemas enunciados, que, sin embargo, por la cantidad de información que ahora hay que suministrar, la falta de una ordenación sistemática de dicha información y la ausencia de un modelo o formato común homologado para todos los productos y todas las entidades comercializadoras, dificulta su comprensión por el potencial adquirente.

Para remediar esta situación se han promulgado diversas normas, fundamentalmente el Reglamento (UE) núm. 1286/2014, de 26 de noviembre del 2014, sobre los documentos de datos fundamentales relativos a los productos de inversión minorista vinculados y los productos de inversión basados en seguros, el Reglamento Delegado (UE) núm. 2017/653, de 8 de marzo del 2017, que completa el anterior estableciendo normas técnicas de regulación respecto a la presentación, el contenido, el examen y la revisión de los documentos de datos

fundamentales y las condiciones para cumplir el requisito de suministro de dichos documentos, y la Orden ECC/2316/2015, de 4 de noviembre, relativa a las obligaciones de información y clasificación de productos financieros. En el ámbito específico de la comercialización de los seguros hay que tener también en cuenta la Directiva 2016/97/UE, de 20 de enero, sobre la distribución de seguros.

Esta normativa sobre comercialización de productos de inversión clasifica los productos basados en seguros en diversas categorías y somete cada una de ellas a un régimen diferente tanto en materia de obligaciones previas de información como de condiciones de distribución. Conviene por tanto aclarar cuáles de estos productos además de cumplir con lo establecido en el Reglamento núm. 1286/2014 deben ser comercializados del modo que determina la Directiva 2016/97/UE (y la futura ley de transposición al ordenamiento español) y cuáles solamente deben cumplir la Orden ECC/2316/2015 sin someterse a lo dispuesto en la citada directiva para los productos de inversión basados en seguros.

## 2. Análisis de la normativa aplicable

- 2.1. *El Reglamento (UE) núm. 1286/2014, de 26 de noviembre del 2014, sobre los documentos de datos fundamentales relativos a los productos de inversión minorista vinculados y los productos de inversión basados en seguros*

Este reglamento tiene por objeto mejorar la transparencia de los productos empaquetados o basados en seguros que se ofrecen a los inversores minoristas para lograr una mayor protección de éstos y restablecer su confianza en los mercados financieros.

Su ámbito de aplicación se circunscribe, desde un punto de vista objetivo, a los productos de inversión basados en seguros y, desde un punto de vista subjetivo, a los creadores de los citados productos y a las personas que los comercialicen o asesoren sobre su contratación (art. 2.1). Por producto de inversión basado en seguros se entiende un seguro que ofrece un valor de vencimiento o rescate que está expuesto en todo o en parte, directa o indirectamente, a las fluctuaciones del mercado (art. 4).

Sin embargo, el artículo 2.2 del Reglamento establece que no se aplicará a los siguientes productos:

- 1) a los productos de seguro distintos del seguro de vida (*vid.* anexo I de la Directiva 2009/138/CE);
- 2) a los contratos de seguros de vida en los que las prestaciones previstas en el contrato sean pagaderas únicamente en caso de fallecimiento o de invalidez producida por accidente, enfermedad o afección;

- 3) a los productos de pensión que tengan como finalidad primaria la de proveer al inversor de unos ingresos por jubilación y le den derecho a determinados beneficios;
- 4) a los regímenes de pensiones de empleo reconocidos oficialmente incluidos en el ámbito de aplicación de las Directivas 2003/41/CE y 2009/138/CE;
- 5) a los productos de pensión individuales en los que se exija al empleador una contribución financiera y en los que ni éste ni el empleado tengan posibilidad de elegir el producto o su proveedor.

El reglamento obliga a los creadores del producto a elaborar un documento de datos fundamentales que será breve, limitado en su extensión (tres caras de tamaño A4), redactado con claridad, comprensivo de los datos fundamentales del producto y con una presentación y estructura que permitan una lectura fácil (art. 5 y 6). La información contenida en el citado documento tendrá la consideración de información precontractual (art. 6.1).

El documento de datos fundamentales contendrá la siguiente información:

- a) La denominación del producto, la identidad de su productor, la información sobre la autoridad competente de control del productor y la fecha del documento.
- b) La advertencia de que se trata de un producto complejo de difícil comprensión.
- c) Los siguientes apartados:
  - *¿Qué es este producto?* (Descripción de la naturaleza y características del producto, de los objetivos y medios para lograrlos, del devengo de las prestaciones contratadas y del tipo de inversor minorista al que va dirigido.)
  - *¿Qué riesgos corro y qué podría obtener a cambio?* (Detalle de los riesgos, de los escenarios de rentabilidad y de la existencia de garantías.)
  - *¿Cuáles son los costes?* (Especificación de los costes directos e indirectos, así como de los derivados de la distribución.)
  - *¿Cuánto tiempo debo mantener la inversión? ¿Puedo retirar dinero de manera anticipada?* (Detalle de los plazos de la inversión y de las condiciones de ejercicio de los derechos de rescate, renuncia o rescisión.)

- *¿Cómo puedo reclamar?* (Especificación de a quién se puede reclamar y de las vías de reclamación.)

d) *Otros datos de interés.* (Información para el inversor sobre datos y documentos adicionales.)

Esta normativa se completa con el Reglamento Delegado (UE) núm. 2017/653, de la Comisión, de 8 de marzo del 2017, que establece normas técnicas de regulación respecto a la presentación, el contenido, el examen y la revisión de los documentos de datos fundamentales y a las condiciones para cumplir el requisito de suministro de dichos documentos.

## 2.2. *La Directiva (UE) 2016/97, de 20 de enero, sobre la distribución de seguros*

Modifica la Directiva 2002/92/CE, sobre la mediación en los seguros, en razón de que, teniendo en cuenta que los seguros pueden ser distribuidos por diversas personas o entidades, como las compañías de seguros, los mediadores de seguros (agentes de seguros, corredores de seguros y operadores de banca-seguros) y también otro tipo de intermediarios como, por ejemplo, las agencias de viaje o las empresas de venta y alquiler de automóviles, conviene promulgar unas normas que establezcan una igualdad de trato entre operadores y una protección similar del asegurado, sea cual sea el canal por el que éste adquiera un producto de seguro. La transposición al derecho español de esta directiva producirá necesariamente la derogación o modificación de la Ley 26/2006, de mediación de seguros y reaseguros privados.

Para alcanzar los objetivos señalados, la directiva establece: 1) el registro de los mediadores de seguros y de los intermediarios de seguros complementarios; 2) los requisitos profesionales y de organización que han de cumplir dichos profesionales; 3) los principios de actuación, las obligaciones de información a los tomadores de seguros y las normas de conducta en la comercialización de seguros, y 4) una serie de requisitos adicionales para la distribución de productos de inversión basados en seguros.

En relación con este último apartado, hay que señalar, en primer lugar, que se considera producto de inversión basado en seguros el seguro que ofrece un valor de vencimiento o rescate expuesto total o parcialmente y directa o indirectamente a las fluctuaciones del mercado, siempre que no incluya: a) seguros distintos del seguro de vida; b) seguros de vida en los que las prestaciones previstas en el contrato sean pagaderas únicamente en caso de fallecimiento o situaciones de invalidez provocadas por accidente, enfermedad o discapacidad; c) productos de pensión que tengan reconocida como finalidad primaria la de proveer al inversor de unos ingresos por jubilación y que den derecho a determinadas prestaciones; d) regímenes de pensiones profesionales reconocidos oficialmente que entren en el ámbito de aplicación de la Directiva 2003/41/CE o la

Directiva 2009/138/CE; e) productos de pensiones personales en los que se exija al empleador una contribución financiera y en los que ni el empleador ni el empleado tengan posibilidad de elegir el producto o su proveedor (art. 2.1. «Definiciones», núm. 17). Y, en segundo lugar, destacamos que la directiva establece un conjunto de obligaciones para la comercialización de productos de inversión basados en seguros, los cuales se exponen a continuación<sup>1</sup>.

### 2.2.1. Obligaciones genéricas previas a la adquisición del producto

- Obligaciones de información
  - a) Los intermediarios de seguros y las entidades de seguros deberán proporcionar a los clientes información: a) sobre su identidad, dirección y condición; b) si ofrecen asesoramiento sobre los productos vendidos, y c) sobre los procedimientos de presentación de quejas y de resolución extrajudicial de conflictos (art. 18).
  - b) Los intermediarios de seguros deberán proporcionar asimismo a los clientes información sobre: a) tenencia de participaciones del 10 % o superiores del capital o de los derechos de voto en una empresa de seguros determinada; 2) tenencia por parte de una empresa de seguros determinada o de su matriz de una participación similar a la anterior en el capital o derechos de voto del intermediario de seguros; c) si, en relación con el contrato de seguro ofrecido, facilitan asesoramiento basándose en un análisis objetivo y personal, están obligados a distribuir seguros exclusivamente de una o varias compañías de seguros y los datos de éstas, o bien, si no están obligados a distribuir seguros exclusivamente de una o varias compañías de seguros y no facilitan asesoramiento basándose en un análisis objetivo y personal, deberán informar sobre las empresas de seguros con las que puedan realizar o realicen actividades de seguros; d) la naturaleza de la remuneración recibida: honorarios que abonará el cliente y su importe, comisión de la entidad de seguros incluida en la prima, cualquier otro tipo de remuneración o ventaja económica o combinación de las anteriores (art. 19).

Esta información deberá proporcionarse en papel, de forma clara, precisa y comprensible para el cliente en la lengua oficial del Estado o en cualquier otra acordada por las partes. Excepcionalmente, podrá facilitarse en soporte duradero distinto del papel o por medio de un sitio web (art. 23).

---

<sup>1</sup> Estas obligaciones son similares a las establecidas en la regulación sobre comercialización de productos financieros.

- Asesoramiento y normas aplicables en las ventas sin asesoramiento

Antes de la celebración de un contrato de seguro, el distribuidor de seguros especificará, basándose en informaciones obtenidas del cliente, las exigencias y las necesidades de dicho cliente y le facilitará información objetiva acerca del producto de seguros de forma comprensible, de modo que pueda tomar una decisión con conocimiento de causa. Cualquier contrato que se proponga debe respetar las exigencias y necesidades del cliente en materia de seguros. Si se presta asesoramiento, el distribuidor de seguros entregará al cliente una recomendación personalizada en la que explique por qué un producto concreto satisfará mejor las exigencias y necesidades del cliente. Cuando un intermediario de seguros informe a su cliente de que procura asesoramiento basado en un análisis objetivo y personal, deberá asesorar sobre la base del análisis de un número suficiente de contratos de seguro ofrecidos en el mercado, de modo que pueda formular una recomendación personal —ateniéndose a criterios profesionales— respecto al contrato de seguro que sería adecuado a las necesidades del cliente. En todo caso, se ofrezca o no asesoramiento, el distribuidor de seguros proporcionará al cliente la información pertinente sobre el producto de seguro de forma comprensible y atendiendo a la complejidad del producto de seguro y al tipo de cliente, de modo que éste pueda tomar una decisión fundada (art. 20).

- Información sobre el producto
  - a) *Características del documento de información sobre el producto:* 1) será un documento breve e independiente, preciso y no engañoso; 2) tendrá una presentación y una estructura claras que permitan su fácil lectura y utilizará caracteres de un tamaño legible; en caso de que el original se haya elaborado en color, no deberá perder claridad si se imprime o fotocopia en blanco y negro; 3) se redactará en una de las lenguas oficiales utilizadas en el Estado miembro en el que se distribuya el producto de seguro, o en otra lengua si así lo acuerdan las partes; 4) incluirá el título «Documento de información sobre el producto de seguro» en la parte superior de la primera página, así como una declaración de que la información precontractual y contractual completa relativa al producto se facilita en otros documentos.
  - b) *Contenido del documento de información sobre el producto.* El documento de información sobre el producto de seguro contendrá la siguiente información: 1) el tipo de seguro; 2) riesgos asegurados y excluidos, suma asegurada y ámbito geográfico de aplicación; 3) prima y sus condiciones de pago; 4) exclusiones que no dan derecho al pago de la indemnización;

5) obligaciones al comienzo del contrato; 6) obligaciones durante la vigencia del contrato; 7) obligaciones en caso de solicitud de indemnización; 8) duración del contrato, incluidas las fechas de comienzo y terminación, y 9) modalidades de rescisión del contrato<sup>2</sup>.

- Control de productos y requisitos de gobernanza

Las empresas de seguros y los intermediarios que diseñen productos de seguro para su venta a clientes mantendrán, gestionarán y revisarán un proceso para la aprobación de cada uno de los productos de seguro o las adaptaciones significativas de los productos de seguro existentes antes de su comercialización o distribución a los clientes. El proceso de aprobación del producto será proporcionado y adecuado a su naturaleza.

El proceso de aprobación especificará el mercado al que se destina cada producto, garantizará la evaluación de todos los riesgos pertinentes para el mercado en cuestión y la coherencia entre éste y la estrategia de distribución prevista, y adoptará medidas razonables para garantizar que el producto de seguro se distribuye en el mercado definido.

Las empresas de seguros y los intermediarios que diseñen productos de seguro pondrán a disposición de los distribuidores toda la información adecuada sobre éstos y sobre el proceso de aprobación del producto, incluido el correspondiente mercado destinatario definido.

Cuando un distribuidor de seguros ofrezca productos de seguro no diseñados por él o asesore sobre ellos, contará con los mecanismos adecuados para obtener la información anteriormente indicada y para comprender las características y el mercado destinatario definido de cada producto de seguro (art. 25)<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> El Reglamento de ejecución (UE) 2017/1469, de 11 de agosto, establece un formato de presentación normalizado para el documento de información sobre productos de seguro distintos del seguro de vida.

<sup>3</sup> La Resolución de 18 de noviembre del 2016 de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones hace suyas y da publicidad a las Directrices de EIOPA sobre procedimientos de gobernanza y vigilancia de productos para las empresas de seguros y los distribuidores de seguros, que comprenden una introducción y dos capítulos: el primero, destinado a las empresas e intermediarios de seguros que diseñan productos de seguro para su venta a clientes y el segundo, destinado a quienes distribuyen productos de seguro diseñados por terceros.

## 2.2.2. Obligaciones específicas en relación con los productos de inversión basados en seguros

- Adopción de medidas para prevenir el conflicto de intereses

Todo intermediario de seguros o empresa de seguros que efectúe la distribución de productos de inversión basados en seguros mantendrá y gestionará disposiciones administrativas y organizativas eficaces con vistas a tomar todas las medidas razonables destinadas a detectar e impedir que los conflictos de intereses que surjan entre ellos mismos, incluidos sus directivos y empleados y sus clientes o entre clientes, perjudiquen los intereses de éstos (art. 7). En caso de inevitabilidad del riesgo de lesión de los intereses de los clientes, el intermediario de seguros o la empresa de seguros deberá informar a aquéllos sobre el conflicto de intereses (art. 28).

- Información a los clientes

Las empresas de seguros y los intermediarios de seguros facilitarán a los clientes o clientes potenciales, con tiempo suficiente antes de celebrarse un contrato, información adecuada sobre la distribución de productos de inversión basados en seguros, así como sobre los costes y gastos asociados. Dicha información incluirá, como mínimo, lo siguiente:

- a) una evaluación periódica de la idoneidad del producto de inversión basado en seguros recomendado a dicho cliente, cuando se ofrezca asesoramiento;
- b) las oportunas orientaciones y advertencias sobre los riesgos conexos a los productos de inversión basados en seguros o a determinadas estrategias de inversión propuestas;
- c) información sobre todos los costes y gastos asociados, incluidos el coste de asesoramiento, el coste del producto recomendado o comercializado y la forma en que el cliente podrá pagarlo, así como cualesquiera pagos relacionados con terceros.

La información sobre todos los costes y gastos, incluidos los relacionados con la distribución del producto de inversión basado en seguros, que no sean causados por la existencia de un riesgo de mercado subyacente estará agregada de forma que el cliente pueda comprender el coste total, así como el efecto acumulativo sobre el rendimiento de la inversión; se proporcionará, a solicitud del cliente, un desglose de los costes y gastos por conceptos. Esta información

se facilitará al cliente de manera periódica —como mínimo, una vez al año— durante el ciclo de vida de la inversión y se comunicará de forma comprensible, de tal modo que los clientes o clientes potenciales puedan comprender razonablemente la naturaleza y los riesgos del producto ofrecido y, por tanto, adoptar decisiones de inversión con conocimiento de causa (art. 29).

- Análisis de idoneidad y adecuación de los clientes

En relación con esta cuestión, la directiva distingue entre diversas modalidades de comercialización —venta informada, venta asesorada, venta cruzada, venta en ejecución y venta a distancia— y establece condiciones y requisitos diferentes para cada una de ellas.

- En el caso de *venta informada*, que es aquella en la que se ofrece información objetiva y adecuada a lo solicitado por el cliente, la empresa de seguros o el intermediario de seguros deberá conocer los datos personales y profesionales del cliente para actuar de forma coherente con sus deseos (*Test de conveniencia para el cliente*).
- Cuando se trata de una *venta asesorada*, que es aquella en la que el intermediario o la empresa de seguros efectúa una recomendación concreta tras llevar a cabo un análisis objetivo de las ofertas más adecuadas para el cliente, esto es, cuando, además de informar sobre el producto solicitado por el cliente, se le asesora y se le recomienda el producto que mejor se adapta a sus necesidades, los distribuidores deberán tomar en consideración diversos aspectos patrimoniales y financieros del cliente y su tolerancia o aversión al riesgo (*Test de idoneidad*).
- En el caso de *ventas cruzadas*, que son aquellas en las que se ofrece un paquete con productos o servicios principales y servicios auxiliares o productos complementarios, por ejemplo, un contrato de seguro más un producto accesorio o un producto de inversión más un seguro accesorio, la empresa de seguros o el intermediario de seguros deberá ofrecer información sobre los productos, sus riesgos y costes, así como la posibilidad de su adquisición separada.
- Las *ventas en ejecución* son aquellas en las que el cliente ordena directamente la compra de un determinado producto. Se trata de una modalidad de comercialización importada de la regulación de las ventas de valores en el sector financiero. En este caso no se exigen requisitos relativos a la idoneidad del cliente o a la adecuación del producto a las necesidades de éste (ni test de conveniencia ni test de idoneidad), sin embargo se

determina que sólo podrán tener por objeto productos no complejos. Por otra parte, se establece el deber de dejar constancia en un documento de la voluntad expresa del cliente.

- Finalmente, las ventas *a distancia* se registrarán por la normativa específica de este tipo de transacciones cuando se trata de productos financieros.

Con respecto a estas modalidades de comercialización la directiva establece la siguiente regulación para los diferentes grupos de casos:

- a) Cuando se ofrezca asesoramiento sobre un producto de inversión basado en seguros, el intermediario de seguros o la empresa de seguros obtendrán también la información necesaria sobre los conocimientos y la experiencia del cliente o cliente potencial en el ámbito de la inversión propio del tipo de producto o servicio específico, su situación financiera, incluida su capacidad para soportar pérdidas, y sus objetivos de inversión, incluida su tolerancia al riesgo, con el fin de que el intermediario de seguros o la empresa de seguros recomienden al cliente o cliente potencial los productos de inversión basados en seguros que sean idóneos para él y que, en particular, mejor se ajusten a su nivel de tolerancia al riesgo y su capacidad para soportar pérdidas.
- b) Cuando las empresas de seguros o los intermediarios de seguros lleven a cabo actividades de distribución de seguros distintas de las referidas en el apartado anterior, conexas a ventas en las que no se ofrezca asesoramiento, deberán solicitar al cliente o cliente potencial información sobre sus conocimientos y experiencia en el ámbito de inversión propio del tipo de producto o servicio específico ofrecido o solicitado, de modo que puedan analizar si el producto o servicio de seguro previsto es adecuado para el cliente.

En estos casos, si el intermediario de seguros o la empresa de seguros consideran, basándose en la información recibida, que el producto no es adecuado para el cliente o cliente potencial deberán advertírselo. Asimismo, cuando los clientes o clientes potenciales no faciliten la información de referencia o la faciliten de forma insuficiente, el intermediario de seguros o la empresa de seguros les advertirán de que no están en condiciones de decidir si el producto previsto es adecuado para ellos (art. 30).

Ricardo Alonso Soto

## Análisis jurisprudencial

### Fin de la vigencia de la exención por categorías de la prohibición de los acuerdos de intercambios de información y cooperación en el sector de los seguros

La Comisión Europea ha anunciado que el *Reglamento núm. 267/2010*, relativo a la aplicación del artículo 101.3 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) a determinadas categorías de acuerdos en el sector de los seguros<sup>4</sup>, que expira el 31 de marzo del 2017, no será prorrogado.

El reglamento actualmente en vigor permite que las compañías de seguros se beneficien de una exención por categorías de la prohibición cuando lleven a cabo alguno de los siguientes tipos de acuerdos de carácter anticompetitivo:

- 1) Acuerdos para la recopilación y distribución conjunta de la información necesaria para calcular el coste medio de la cobertura de un riesgo en el pasado o para elaborar tablas de mortalidad y de frecuencia de enfermedades, accidentes o invalidez en los seguros de capitalización.
- 2) Acuerdos para la cobertura conjunta de ciertos tipos de riesgos que sólo pueden garantizarse mediante fórmulas de coaseguro o reaseguro conjunto (*pools*).

La decisión de la Comisión de no prorrogar el reglamento es consecuencia del informe emitido por la propia Comisión el 17 de marzo del 2016, en el que se estimaba con carácter preliminar que las citadas exenciones ya no eran necesarias porque las directrices sobre acuerdos horizontales de cooperación<sup>5</sup> publicadas en diciembre del 2010 constituyen una guía suficiente para la evaluación de los acuerdos de intercambio de información y de cooperación entre competidores; por otra parte, en relación con los *pools* de correaseguro, la Comisión considera que han tenido un uso limitado y una escasa relevancia en el mercado.

Hay que señalar a este respecto que actualmente se mantienen en vigor solamente tres reglamentos sectoriales de exención por categorías: los relativos a los seguros, a los consorcios marítimos y a la reparación y el mantenimiento de vehículos de motor.

---

<sup>4</sup> El artículo 101.2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea establece que la prohibición de los acuerdos entre empresas que restrinjan la competencia no será aplicable a los acuerdos que contribuyan a mejorar la producción de bienes o servicios o a fomentar el progreso técnico y económico y reserven a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante, siempre que no impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos y no ofrezcan a dichas empresas eliminar la competencia respecto a una parte sustancial de los productos de los que se trate.

El artículo 1.3 de la Ley española de Defensa de la Competencia contiene una norma similar.

<sup>5</sup> Se denominan acuerdos horizontales a los concertados entre empresas competidoras.

La Comisión ha advertido asimismo que el fin de la vigencia del Reglamento núm. 267/2010 no significa que las mencionadas formas de cooperación devengan ilegales, sino que serán las compañías de seguros que operan en el mercado de la Unión Europea las que deberán evaluar si dichos acuerdos o formas de cooperación respetan las normas de competencia contenidas en los artículos 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y 1 de la Ley de Defensa de la Competencia.

Finalmente, conviene recordar con respecto al derecho español, por una parte, que el artículo 94.2 de la Ley de Ordenación, Supervisión y Solvencia de las Entidades Aseguradoras y Reaseguradoras (LOSSEAR) establece que «[l]as tarifas de primas responderán al régimen de libertad de competencia en el mercado de seguros, sin que a estos efectos, tenga el carácter de práctica restrictiva de la competencia la utilización de estadísticas comunes por parte de las entidades aseguradoras y reaseguradoras para la elaboración individual de sus tarifas de primas de riesgo, siempre y cuando dichas estadísticas se elaboren de conformidad con los reglamentos de la Unión Europea dictados para la aplicación del artículo 101.3 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea»; y, por otra, que la figura del coaseguro se encuentra regulada en los artículos 33 de la Ley de Contrato de Seguro (coaseguro nacional) y 12 y 103 a 105 de la LOSSEAR (coaseguro comunitario).

Ricardo Alonso Soto

### **¿Sería válida la cláusula en un seguro de accidentes personales que remitiera al «baremo de tráfico» para el cálculo de la indemnización?**

A raíz de la más reciente doctrina del Tribunal Supremo en el seguro de accidentes personales sobre considerar cláusula limitativa de los derechos del asegurado la que contuviera un baremo para el cálculo de la indemnización siempre que en las condiciones particulares no se expresaran límites cuantitativos para los distintos supuestos de incapacidad permanente<sup>6</sup>, surge la duda sobre si sería válida la cláusula que remitiera al comúnmente conocido como «baremo de tráfico» de la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, para el cálculo de la indemnización por los daños personales que sufra el asegurado o por el fallecimiento de éste, en lugar de incluir un baremo propio en las condiciones generales, y, en caso afirmativo, si dicha cláusula sería o no limitativa de los derechos del asegurado.

---

<sup>6</sup> Vide ALMARCHA JAIME, J.: «Es limitativa la cláusula que establece un baremo indemnizatorio para el caso de invalidez y debe ser expresamente aceptada por el asegurado también en los seguros colectivos», Análisis GA&P, Gómez-Acebo & Pombo, 21 de noviembre del 2016, <http://www.gomezacebo-pombo.com/media/k2/attachments/es-limitativa-la-clausula-que-establece-un-baremo-indemnizatorio-para-el-caso-de-invalidez-y-debe-ser-expresamente-aceptada-por-el-asegurado-tambien-en-los-seguros-colectivos.pdf> [consulta: 23 de noviembre del 2016].

Debemos partir de la clara disparidad existente entre un seguro de responsabilidad civil y un seguro de accidentes, principalmente desde la propia naturaleza del contrato, siendo el primero un seguro de daños y el segundo, un seguro de personas, distinción que ya fue expresada en la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) núm. 165/1996, de 8 de marzo (RJ 1996\1937)<sup>7</sup>. Y es que, tal como destaca SÁNCHEZ CALERO<sup>8</sup>, «los perjuicios que derivan de la lesión corporal en el campo de la responsabilidad civil (y, por consiguiente, del seguro de responsabilidad civil) son, en general, valorados de forma concreta: los perjuicios de carácter patrimonial (pérdida sufrida por disminución del patrimonio, crecimiento de las necesidades por la atención médica o de terceras personas, esto es, el *damnum emergens* y, además, el lucro cesante, como consecuencia de la pérdida de la capacidad de ganancia, bien por la invalidez temporal o permanente) y los perjuicios extrapatrimoniales (como los daños morales). En el seguro de accidentes —por el contrario— la valoración del daño se hace de forma abstracta y *a priori*. La determinación de la indemnización en este seguro procede no del daño concreto (en sentido jurídico) que el accidente ha producido, sino de las cifras fijadas por las partes del contrato, en relación con la determinación de la lesión corporal que ha causado. [...] Precisamente por ser un seguro de sumas, la cuantía del daño se valora a un tanto alzado, de manera que la liquidación del siniestro es simple».

Así, el baremo de tráfico fue concebido para un fin concreto, que es el de determinar la cuantía indemnizatoria por los conceptos previstos en la norma cuando sean aplicables en virtud de un accidente de circulación en el que el asegurado incurra en responsabilidad civil. Es cierto que también se ha aplicado a otros ámbitos, como el caso de los accidentes de trabajo o de negligencias médicas, pero con carácter meramente orientativo. En la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección Primera) núm. 1059/2006, de 10 de enero (RJ 2006\378) se aplicó el baremo de tráfico como solución al vacío existente en la póliza debido a la oscuridad de sus condiciones para la determinación de la cuantía indemnizatoria, a modo de orientación y como consecuencia de una situación excepcional y forzosa, para conseguir la integración del contrato<sup>9</sup>.

---

<sup>7</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) núm. 165/1996, de 8 de marzo (RJ 1996\1937): «Ha de tenerse en cuenta que este seguro de accidentes definido y regulado en los artículos 100 y siguientes de la Ley de Contrato de Seguro de 8 octubre 1980, no puede confundirse con el de responsabilidad civil (artículos 73 y siguientes de dicha ley) por obedecer a una finalidad y principios rectores distintos; ocurrido el evento asegurado, la entidad aseguradora viene obligada al pago de la indemnización pactada sin que tal obligación dependa de una previa declaración de responsabilidad del tomador del seguro, como ocurre en el seguro de responsabilidad civil».

<sup>8</sup> SÁNCHEZ CALERO, F.: «Artículo 104. Determinación del grado de invalidez», en SÁNCHEZ CALERO, F. (dir.): *Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*, Aranzadi, 4.ª ed., 2010, pp. 2672 y 2679.

<sup>9</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección Primera) núm. 1059/2006, de 10 de enero (RJ 2006\378): «Cuando, como ocurre en el caso de autos, no hay base en la póliza, hay que buscar un criterio de solución, y es cometido que incumbe a la Sala de instancia, y no a ésta, cuya función, en este concreto punto, se ha de limitar a la comprobación de que el parámetro aplicado es razonable, esto es, no resulta arbitrario ni ilógico ni desproporcionado, y no se estima que nada de todo ello pueda decirse del criterio aplicado en la sentencia recurrida, que acude a los baremos de la Ley 30/1995 no para aplicarlos directamente, sino para encontrar

Con todo, pese a la invocación de la plena validez de la voluntad contractual de las partes, una práctica consistente en lo aquí analizado tiene una gran probabilidad de considerarse inaceptable. Ya no sólo por la propia naturaleza con la que fue concebido el baremo de tráfico, sino porque, al tratarse de una práctica inusual en el sector asegurador, tal cláusula será calificada de limitativa de los derechos del asegurado y requerirá el cumplimiento del artículo 3 de la Ley de Contrato de Seguro<sup>10</sup>. E igualmente sorpresiva e inusual sería tal cláusula desde el punto de vista normativo, puesto que el artículo 104 de la Ley de Contrato de Seguro prevé expresamente la existencia de un «baremo fijado en la póliza», es decir, desde un punto de vista teleológico, el baremo aplicable es el fijado en la póliza por el asegurador y el asegurado, no por una ley y, por tanto, no fijado por el Estado<sup>11</sup>. Para que la cláusula inusual sea válida, requiere, además de lo anterior, que sea razonable, no vacíe el contrato de contenido y no frustre su fin económico y, por tanto, no le prive de su causa [Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección Primera) núm. 273/2016, de 22 de abril (JUR 2016\87926)].

Cabe precisar que no es válida la mera remisión hecha en las condiciones particulares a la ley, pues tal cláusula sería abusiva conforme al artículo 80.1a del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, que prohíbe expresamente «reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato» en los contratos no negociados individualmente (como ocurre, precisamente, en el contrato de seguro, que es un contrato de adhesión). Y tampoco sería válida respecto de la Ley de Contrato de Seguro, cuyo artículo 8 requiere la inclusión en la póliza de las sumas aseguradas, las garantías y coberturas otorgadas (incluidas sus exclusiones y limitaciones) y el alcance de la cobertura.

Con todo, resultaría muy probable (y prácticamente inevitable) que existieran divergencias respecto a los conceptos incluidos en la póliza y los incluidos en la ley. Se requeriría una redacción exquisita en la póliza para que los conceptos detallados en ella pudieran equipararse sin error y sin duda alguna con los contenidos en el baremo de tráfico. Y ello, principalmente, porque este último es mucho más exhaustivo de lo que suelen ser los seguros de accidentes personales y porque, como se dijo anteriormente, la naturaleza del baremo de tráfico es bien distinta y no está pensada para

---

una orientación o una base que no ofrece la póliza, lo que queda reforzado si se considera el enlace entre las tareas de interpretación e integración de un contrato [sentencias de 20 de mayo de 2004 (RJ 2004\2708); de 25 de marzo de 2003, y de 23 de diciembre de 2003 (RJ 2004\49)]».

<sup>10</sup> Tal doctrina se contiene, por todas, en las sentencias del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección Primera) núm. 1054/2007, de 17 de octubre (RJ 2007\6275); núm. 516/2009, de 15 de julio (RJ 2009\4707); núm. 268/2011, de 20 de abril (RJ 2011\3595), y núm. 273/2016, de 22 de abril (JUR 2016\87926).

<sup>11</sup> Con todo, sería discutible si por *baremo fijado* necesariamente hay que entender al reflejado en la póliza conforme a la práctica habitual, pues por *fijado* puede llegar a inferirse 'señalado' o 'establecido', es decir, puede interpretarse que basta con que se fije en la póliza una remisión a un baremo cualquiera para darse por cumplida la exigencia. Sin embargo, se trata de una interpretación tremendamente retorcida y débil que, a mi modo de ver, se aleja claramente del significado real perseguido por la norma.

el cometido que aquí se analiza. Por ello existe un gran riesgo de que el juzgador acabe aplicando la doctrina de la interpretación *contra proferentem* en contra de la entidad aseguradora.

Quizás (y sólo quizás) podría ser válida la siguiente actuación: incluir en la póliza la misma redacción contenida en la ley (un «corta y pega») de aquello que pueda trasladarse al ámbito del seguro de accidentes personales, y que la cláusula cumpla con todos los requisitos del artículo 3 de la Ley de Contrato de Seguro y los exigidos por la doctrina jurisprudencial antes detallada.

Evidentemente, llevar a cabo una actuación como ésta carece de sentido y, por todos los motivos expuestos, ni se practica ni la apoyo ni la recomiendo.

Jesús Almarcha Jaime

## ¿Cuándo procede reclamar los intereses moratorios de la indemnización en el caso de la subrogación comprendida en el artículo 43 de la Ley de Contrato de Seguro?

El Tribunal Supremo aclara que, en caso de la subrogación del artículo 43 de la Ley de Contrato de Seguro, la reclamación posterior sólo puede comprender la cuantía de la indemnización, mientras que no procede reclamar los intereses moratorios si éstos no fueron pagados originalmente, criterio que dará lugar al planteamiento de los varios interrogantes que se recogen en este trabajo.

### 1. El caso

La Sentencia 455/2016 del Tribunal Supremo<sup>12</sup> atiende el caso en el que un porteador incurre en negligencia al deteriorarse la mercancía que transportaba en cumplimiento de un contrato de transporte internacional de mercancías por carretera. Existía un seguro sobre las mercancías, por lo que la entidad aseguradora indemnizó al asegurado por las pérdidas sufridas. Posteriormente, la entidad aseguradora reclamó a la empresa transportista principal y a la empresa transportista subcontratada el *quantum* indemnizatorio satisfecho al asegurado.

En lo que aquí interesa, además de la indemnización satisfecha, la entidad aseguradora reclamó los intereses conforme al artículo 27 del Convenio de 19 de mayo de 1956 relativo al Contrato de Transporte Internacional de Mercancías por Carretera (Convenio CMR)<sup>13</sup>, en contraposición con el artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro (LCS).

<sup>12</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección Primera) núm. 455/2016, de 4 de julio (RJ 2016\3167).

<sup>13</sup> Artículo 27.1 del Convenio CMR: «El que tiene derecho de disposición sobre la mercancía podrá reclamar los intereses de la indemnización. Estos intereses se calcularán a razón del 5 % anual a partir del día de la reclamación dirigida por escrito al transportista o del día en que se interpuso demanda judicial en defecto de la reclamación».

El Tribunal Supremo dictamina que en caso de subrogación legal es aplicable el artículo 43 de la Ley de Contrato de Seguro, precepto que determina que el límite de la reclamación es el de la indemnización efectivamente satisfecha. Añade que «dicho efecto subrogatorio es superior a una mera acción de reembolso o de repetición, pues el subrogado ejercita el crédito adquirido de forma plena, en su integridad y con las facultades a él anexas (art. 1212 del Código Civil)». Sin embargo, «si la cuantía efectivamente satisfecha por la entidad aseguradora al titular de la mercancía siniestrada, en concepto de la indemnización operada por el contrato de seguro, no comprende los referidos intereses, entonces quedan fuera de la reclamación que realice la entidad aseguradora por la vía de la subrogación legal prevista en el citado artículo»<sup>14</sup>.

Por tanto, puede extraerse la conclusión de que no pueden reclamarse los intereses pretendidos, salvo que la entidad aseguradora los hubiera satisfecho al asegurado.

## 2. Comentario

El criterio mantenido por el Tribunal Supremo es claramente discutible. A continuación se plantean varias cuestiones con el fin de otorgar mayor claridad al asunto:

- ¿Podrían reclamarse a los responsables del daño original los intereses del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro satisfechos por la entidad aseguradora subrogada al asegurado por la propia demora en la prestación o indemnización?

La respuesta debe ser negativa. La demora en el pago de la indemnización por parte de la entidad aseguradora no es responsabilidad de los causantes del daño original, de modo que la penalidad de los intereses es atribuible al propio asegurador, el verdadero responsable. Así, SÁNCHEZ CALERO afirma que «el asegurador no podrá reclamar al tercero los intereses de demora que en su caso se haya visto obligado a pagar al asegurado. La literalidad del artículo 43.1 nos lleva a esta interpretación, que deriva igualmente del hecho de que los intereses abonados por el asegurador se han debido a su mora, que no puede imputarse al tercero»<sup>15</sup>.

El límite indemnizatorio del artículo 43.1 de la Ley de Contrato de Seguro, en consonancia con el artículo 1212 del Código Civil (CC), sólo puede interpretarse en el sentido de que la indemnización corresponderá al daño producido y efectivamente subrogado (en principio, incluso podría entenderse factible una subrogación parcial, pero no por más de lo dañado). Los intereses del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro nacen de una

---

<sup>14</sup> El mismo criterio lo ha recogido la Sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real (Sección Primera) núm. 28/2016, de 10 de octubre (ARP 2016\1106).

<sup>15</sup> SÁNCHEZ CALERO, F.: «Artículo 43. Subrogación del asegurador», en SÁNCHEZ CALERO, F. (dir.): *Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*, Aranzadi, 4.ª ed., 2010, p. 974.

relación jurídica (asegurador - asegurado) distinta de la que el asegurado mantiene con el verdadero responsable del daño (asegurado - responsable) y que no puede encuadrarse en el ámbito de la subrogación, puesto que no puede haber subrogación de una responsabilidad que no existe en el marco de la última de las relaciones anteriores al no ser exigible al dañador (requisito de identidad subjetiva del art. 1100 CC).

- *¿Pueden reclamarse, en el ámbito del artículo 43.1 de la Ley de Contrato de Seguro, los intereses del artículo 20 del mismo cuerpo legal por el asegurador acreedor frente al asegurador del responsable-dañador que es deudor?*

La respuesta es negativa. La Sentencia 43/2009<sup>16</sup> recoge la disparidad que existía en la jurisprudencia menor en este asunto<sup>17</sup>. Al respecto, tal resolución se inclinó por considerar que no era aplicable el artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro a la subrogación prevista en el artículo 43.1 de la misma ley. Los fundamentos jurídicos que esgrime el juzgador en tal sentencia son buenos y han sido apoyados por parte de la doctrina<sup>18</sup> y reafirmados en las posteriores sentencias 200/2010, 193/2011 y 816/2011<sup>19</sup> del mismo tribunal, aunque la Sentencia 455/2016, que es origen de este trabajo, parece abrir la puerta a que sí puedan reclamarse los intereses del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro cuando la entidad aseguradora subrogada los haya satisfecho al asegurado previamente .

- *¿Pueden reclamarse a los responsables causantes del daño originario (o su aseguradora) los intereses moratorios satisfechos por la entidad aseguradora —subrogada conforme al artículo 43.1 de la Ley de Contrato de Seguro— al asegurado en el marco del artículo 1108 del Código Civil?*

<sup>16</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección Primera) núm. 43/2009, de 5 de febrero (RJ 2009\1368).

<sup>17</sup> Un análisis detallado se recoge en PACHECO JIMÉNEZ, M.ª N.: «Sentencia de 5 de febrero de 2009: seguros de daños: incendio y montaje de maquinaria. Aplicabilidad o inaplicabilidad del recargo por demora del art. 20 LCS en el supuesto de ejercicio de la acción subrogatoria prevista en el art. 43 LCS por parte de la compañía aseguradora que, una vez indemnizado su asegurado, pretende que la aseguradora del causante del daño le abone dicho recargo», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* núm. 81, 2009, pp. 1246 y ss.

<sup>18</sup> V. gr., SÁNCHEZ CALERO, F.: «Artículo 43...», *op. cit.*, p. 961; GÓMEZ LIGÜERRE, C. I.: «Sentencia de 30 de marzo de 2010: Límites de la acción subrogatoria que ejercita la compañía aseguradora de los daños contra las aseguradoras de los responsables», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* núm. 86, 2011, p. 712.

<sup>19</sup> Sentencias del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección Primera) núm. 200/2010, de 30 de marzo (RJ 2010\4031); núm. 193/2011, de 24 de marzo (RJ 2011\3010), y núm. 816/2011, de 6 de febrero (RJ 2012\4983). Esta última dispone en su fundamento de derecho sexto que «el recargo por demora de la aseguradora en el pago de la indemnización que contempla el artículo 20 LCS no es aplicable a la aseguradora del causante del daño cuando se dirige contra ella la aseguradora del perjudicado por el siniestro ejercitando la acción de subrogación que prevé el artículo 43 LCS».

La respuesta debería ser positiva. La Sentencia del Tribunal Supremo núm. 455/2016 permite reclamar los intereses satisfechos, por ser la «cuantía efectivamente satisfecha». Ambos derechos, en virtud del artículo 1212 del Código Civil, deben coincidir en identidad, incluidas las facultades anexas. Sin embargo, algunos autores consideran que la subrogación prevista en el artículo 43 de la Ley de Contrato de Seguro resulta distinta de la prevista en el Código Civil<sup>20</sup>.

Para esclarecer la cuestión, debemos partir de que el artículo 43.1 de la Ley de Contrato de Seguro puede dividirse en dos partes: 1) «el asegurador, una vez pagada la indemnización, podrá ejercitar los derechos y las acciones que por razón del siniestro correspondieran al asegurado frente a las personas responsables del mismo», y 2) «hasta el límite de la indemnización». El error en la interpretación negativa de la integración de los intereses en la reclamación procede, principalmente, de la obcecación en el límite previsto en la segunda parte, sin tener en cuenta la literalidad de la primera.

Si bien es cierto que la subrogación del artículo 43.1 de la Ley de Contrato de Seguro es especial, comparte la base común del artículo 1212 del Código Civil: el principio de identidad de los derechos y acciones. Para que tal principio sea respetado, es necesario interpretar la segunda parte del mencionado artículo 43.1 en el sentido de que por «indemnización» debemos entender «cuantía efectivamente satisfecha». En consecuencia, si en esa cuantía satisfecha se integran los intereses moratorios del artículo 1108 del Código Civil (emanantes, a su vez, del art. 1100 CC), resulta procedente reclamarlos al deudor porque el asegurador puede «ejercitar los derechos y acciones» que correspondieran al asegurado. *A contrario sensu*, si el asegurador subrogado no paga los intereses que corresponderían a su asegurado, éste todavía puede ejercer la correspondiente acción de reclamación de aquéllos ante el deudor, pudiéndose entender que en tal caso se habría producido una subrogación parcial.

Por ejemplo, la ya nombrada Sentencia 816/2011 del Tribunal Supremo condena a la entidad aseguradora del responsable del siniestro al pago de los intereses moratorios del artículo 1100 del Código Civil tanto al asegurado subrogante como a la aseguradora subrogada parcialmente, aunque no le condene al pago de los intereses del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro. Y la Sentencia 455/2016 del Tribunal Supremo, a mi modo de ver, reafirma todavía más esta posibilidad.

No sería conveniente entender que el primer apartado del artículo 43.1 de la Ley de Contrato de Seguro restringe también la reclamación a la indemnización prevista en la

---

<sup>20</sup> Por ejemplo, GÓMEZ LIGÜERRE («Sentencia de 30 de marzo de 2010...», *op. cit.*, p. 712), apoyándose en lo dictaminado por el Tribunal Supremo en la Sentencia 200/2010, afirma que «[l]a acción subrogatoria del artículo 43 LCS no incorpora la pretensión de cobro de los intereses de demora que, en su caso, pagó la compañía que se subroga. El interés en recuperar, por vía subrogatoria, el desembolso patrimonial efectuado por la compañía aseguradora se limita a la cobertura prevista en la póliza».

póliza, porque la indemnización sólo lo puede ser «por razón del siniestro». Y ello porque el pago del interés moratorio igualmente tiene origen del propio siniestro al constituirse ante el impago de la indemnización que le corresponde.

- *¿Se pueden reclamar a los responsables causantes del daño originario o su asegurador los intereses moratorios procedentes del derecho de crédito del asegurador subrogado?*

La respuesta debe ser afirmativa. Del mismo modo que es posible la reclamación conforme a la pregunta anteriormente respondida, en este caso el escenario es todavía más simple. Aquí realmente los intereses moratorios no son subrogados, sino que la entidad aseguradora subrogada pagó la indemnización a su asegurado subrogante y, desde ese momento, el asegurador subrogado tiene un derecho de crédito frente a los responsables del siniestro o a su asegurador (o frente a ambos) que implicará la aparición de intereses moratorios a partir del instante en el que se ejerza tal derecho y los deudores no lo satisfagan.

Esto ocurrirá con independencia de que el asegurador subrogado haya satisfecho o no los intereses moratorios correspondientes a su asegurado subrogante. Si los paga, pasarán a formar parte de la indemnización total reclamada al deudor y, adicionalmente, se aplicarán los intereses moratorios que procedan respecto al derecho de crédito de dicha indemnización total. Si no los satisface, el asegurado subrogante podrá reclamarlos por separado y el asegurador subrogado reclamará los correspondientes a su derecho de crédito (*suum cuique tribuere*).

En cualquier caso, los intereses moratorios que el asegurador subrogado puede reclamar son únicamente los del artículo 1108 del Código Civil, no los del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro (conforme a la doctrina anteriormente expuesta).

- *Entonces, en el caso dado, ¿pueden reclamarse los intereses del artículo 27.1 del Convenio CMR?*

La respuesta debe ser positiva, pero con matices. En la Sentencia 455/2016, el Tribunal Supremo, a la entidad aseguradora del responsable, la libera del pago de los intereses del artículo 27.1 del convenio porque el asegurador subrogado reclamante no los había satisfecho al asegurado subrogante y, por tanto, éste ostentaba su derecho de crédito frente al asegurador del responsable respecto a este concepto. Si sí lo hubiera hecho, entonces la reclamación sí sería procedente.

Jesús Almarcha Jaime

## El acuerdo atributivo de competencia en un contrato de seguro no vincula a la víctima que ejerce la acción directa

(STJUE de 13 de julio del 2017, as. C-368/16)

La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de julio del 2017 (as. C-368/16) interpreta los artículos 13 y 14 del Reglamento Bruselas I (arts. 15 y 16 del Reglamento Bruselas I bis), que prevén la posibilidad de someter los litigios relativos a un contrato de seguro a los tribunales escogidos por las partes, si bien dentro de unos límites muy estrictos, y el artículo 11.2 (art. 13.2 del Reglamento Bruselas I bis). Este último extiende los criterios competenciales previstos por el reglamento para las reclamaciones en materia de seguro a «los casos de acción directa entablada por la persona perjudicada contra el asegurador cuando la acción directa fuere posible», pero esa remisión se refiere sólo a los artículos anteriores (8 a 10), que recogen las reglas de competencia objetiva, y no a los que regulan la elección de foro.

En el caso, una sociedad sueca fletadora de varios remolcadores, suscribió un contrato de seguro con una aseguradora inglesa. En el acuerdo se incluyó una cláusula de sumisión a favor de los tribunales de Inglaterra y Gales. Uno de esos remolcadores causó daños a las instalaciones del puerto de Assens, en Dinamarca, por lo que éste decidió demandar directamente a la compañía aseguradora en Dinamarca. Los tribunales daneses se declararon incompetentes por entender aplicable la cláusula atributiva de competencia y, llegada la cuestión a casación, el Tribunal Supremo de Dinamarca planteó cuestión prejudicial.

Elisa Torralba Mendiola

---

## Análisis tributario

### La entrada en vigor del sistema de suministro inmediato de información (SII): especial referencia a sus consecuencias para el sector asegurador

#### 1. Principales aspectos del suministro inmediato de información (SII)

Como es sabido, el Real Decreto 596/2016, de 2 de diciembre, para la modernización, mejora e impulso del uso de medios electrónicos en la gestión del impuesto sobre el valor añadido (IVA), estableció un nuevo sistema de gestión de dicho tributo basado en la información en tiempo real de las transacciones comerciales, sistema denominado *de suministro inmediato de información (SII)*. A estos efectos, han sido varios los preceptos modificados de diferentes normas, a saber: el Reglamento del impuesto sobre el valor añadido, el Reglamento General

de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos y el Reglamento por el que se regulan las obligaciones de facturación.

Pues bien, de entre esas modificaciones, destacaremos ahora aquellas en las que se recogen los principales aspectos que habrán de tomarse en consideración a efectos de la aplicación del referido sistema, cuya entrada en vigor se ha producido el 1 de julio del 2017:

- a) El nuevo suministro inmediato de información es obligatorio para los sujetos pasivos del IVA que tienen la obligación de autoliquidar dicho impuesto mensualmente (los inscritos en el régimen especial de devolución mensual —REDEME—, las grandes empresas con facturación superior a seis millones de euros y los grupos del IVA). El resto de los sujetos pasivos del impuesto podrán acogerse voluntariamente a este sistema optando por él durante el mes de noviembre anterior al año en el que vaya a surtir efecto y lo harán mediante la presentación de la correspondiente declaración censal, o bien, en el caso de haber comenzado su actividad en el año en curso, la opción se podrá ejercer al tiempo de presentar la declaración de comienzo de la actividad. En cualquier caso, la opción, que obligará a cumplir con el suministro inmediato de información al menos durante el ejercicio en el que se haya optado por ese sistema, se entenderá prorrogada en los ejercicios siguientes en tanto no se renuncie a aquél.
- b) Los sujetos acogidos al sistema de suministro inmediato de información deben efectuar la llevanza de los libros registro que con carácter general deben mantener actualizados los sujetos pasivos del IVA (de facturas expedidas, recibidas, bienes de inversión y de determinadas operaciones intracomunitarias) por medio de la sede electrónica de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria. A estos efectos deben remitir a la agencia los detalles de su facturación, información con la que se irán configurando casi en tiempo real los distintos libros registro.
- c) Los plazos para enviar los registros de facturación son los siguientes:
  - Respecto a las facturas expedidas y recibidas, se estipula un plazo de cuatro días naturales contados desde la fecha de su expedición o desde la de su registro contable, respectivamente, excluyéndose en todo caso de dicho cómputo los domingos y festivos nacionales.

En el supuesto de que las facturas fueran expedidas por un tercero o, en su caso, por el destinatario de las operaciones, el plazo para remitir los datos de las facturas expedidas es de ocho días naturales.

De todos modos, en los supuestos mencionados en los dos párrafos anteriores, el real decreto ha establecido una fecha tope para el suministro de la información,

de forma que, respecto de las facturas expedidas, se efectuará antes del día 16 del mes siguiente a aquel en el que se haya producido el devengo del impuesto correspondiente a la operación que debe registrarse y, respecto de las recibidas, antes del día 16 del mes siguiente al periodo de liquidación en el que se incluya dicha factura.

No obstante, para el año 2017 y toda vez que el suministro inmediato de información ha entrado en vigor el 1 de julio, se establecen las siguientes excepciones:

- Respecto de las operaciones llevadas a cabo entre el 1 de julio y el 3 de diciembre de este año, el plazo para suministrar la información será de ocho días naturales a contar desde la fecha de su expedición o desde la del registro contable de la factura, respectivamente, sin tener en cuenta, de nuevo, domingos y festivos nacionales.
  - Por otra parte, tanto los sujetos pasivos que resulten obligados a aplicar el nuevo sistema como los que opten voluntariamente por aplicarlo, deben remitir los registros de facturación del primer semestre del 2017 durante el periodo comprendido entre el 1 de julio y el 31 de diciembre de este año.
- En relación con las operaciones intracomunitarias, el plazo de cuatro días se computará a partir del comienzo de la expedición o transporte o, en su caso, desde el momento de la recepción de los bienes a que se refieran.
  - Por último, la información sobre bienes de inversión se llevará a cabo dentro del plazo de presentación de la autoliquidación del último periodo de liquidación de cada año natural.
- d) La información que se ha de enviar se corresponde con datos que hasta ahora se localizaban en los libros registros del IVA y en las facturas, pudiendo así desentenderse el obligado tributario de la llevanza de los actuales libros registro de tal impuesto. Además, habrá de suministrarse determinada información con trascendencia tributaria (a la que se refieren los artículos 33 a 36 del Reglamento General de Aplicación de los Tributos —RGAT—), con lo que ya no será necesario presentar los modelos 340 y 347, en los que hasta ahora se hacía constar tal información .

En ese sentido, el artículo 63.3 del real decreto concreta la información relativa a las facturas expedidas que debe comunicarse mediante el sistema de suministro inmediato de información. A esos efectos, se incorporarán los datos ahora reflejados en el libro registro de facturas expedidas (se comunicarán, así, el número y la serie de la factura, la fecha de expedición, la fecha de la operación, la identificación del destinatario, la base imponible, el tipo impositivo aplicado —o el IVA incluido—, el IVA repercutido y la

aplicación del régimen especial del criterio de caja —RECC—), además de los datos que constan en los campos de las propias facturas (el tipo de factura; la rectificación registral; la descripción de la operación; en supuestos de facturas sustitutivas, la identificación de la sustituida y los datos adicionales; los regímenes especiales; el carácter exento o no sujeto de la operación; la facturación realizada por el destinatario; los supuestos de inversión del sujeto pasivo o el periodo de liquidación). A todo lo anterior se añadirá la información con trascendencia tributaria a la que antes hemos hecho referencia.

Por su parte, el artículo 64.4 del real decreto se refiere a la información que se ha de remitir con el sistema de suministro inmediato de información respecto de las facturas recibidas que, al igual que en el caso anterior, aunará información que actualmente se proporciona por diferentes medios. Así, se comunicarán datos hasta ahora contenidos en el libro registro de facturas recibidas, con algunas modificaciones (entre ellos, se comunicarán el número y la serie de la factura —que sustituye al número de recepción utilizado por los sujetos no acogidos al sistema de suministro inmediato de información—, la fecha de expedición, la fecha de la operación, la identificación del expedidor, la base imponible, la base liquidable, el tipo de gravamen —o el IVA incluido—, el IVA soportado deducible del periodo de liquidación, el régimen especial del criterio de caja —RECC—, la adquisición intracomunitaria de bienes o los supuestos de inversión del sujeto pasivo). Por otra parte, se remitirán datos contenidos en los campos de las propias facturas (en ese sentido, se comunicará si se trata de una rectificación registral; la descripción de la operación; la mención de los regímenes especiales del IVA aplicables en cada caso; la facturación, en su caso, por el destinatario; los supuestos en los que exista inversión de sujeto pasivo; el periodo de liquidación o la fecha contable y el número del documento único administrativo —DUA— en las importaciones). Por último, se añadirá también en este caso la información sobre operaciones con trascendencia tributaria hasta ahora incluida en los modelos 340 y 347.

- e) Por otra parte, se modifica el plazo de presentación de las declaraciones-liquidaciones de los sujetos que utilicen el sistema de suministro inmediato de información, ampliándose hasta los treinta primeros días naturales del mes siguiente al correspondiente periodo de liquidación mensual o hasta el último día del mes de febrero en el caso de la declaración-liquidación correspondiente al mes de enero.
- f) Las consecuencias de la aplicación del nuevo sistema de suministro inmediato de información se traducirán en algunas ventajas para los obligados tributarios, entre las que destacan las siguientes:
  - Se reducen las obligaciones formales de los sujetos pasivos, suprimiéndose la obligación de presentar los modelos 340, 347 y 390, así como la elaboración de los libros registros del IVA.

- En la sede electrónica de la Agencia Tributaria, el contribuyente dispondrá de un libro registro «declarado» y otro «contrastado» con la información proporcionada por terceros. De ese modo, el contribuyente puede obtener sus datos fiscales, lo que le facilitará la elaboración de la declaración-liquidación.

## 2. Especial referencia al sector de las aseguradoras

Una especial mención merecen las consecuencias que el suministro inmediato de información tendrá para el sector asegurador, toda vez que muchas de las operaciones de seguros no conllevan la obligación de emitir facturas.

Precisamente por ello la propia Agencia Tributaria, atendiendo a las particularidades del sector, ha aclarado («Preguntas Frecuentes SII») que existe obligación de suministrar información a través de este sistema, en los siguientes casos:

- Cuando se trate de una operación por la que exista obligación de emitir factura, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 3.2 del Real Decreto 1619/2012.

En este sentido ha de tenerse en cuenta que el artículo 3 de dicho texto normativo, tras señalar que no existe obligación de expedir factura cuando se trate de las prestaciones de servicios definidas en el artículo 20.uno.16.º y 18.º, apartados a a n de la Ley del Impuesto sobre el Valor Añadido, introduce salvedades al respecto en el aludido apartado 2. Así, conforme a lo señalado en él, sí existirá obligación de facturación y, por tanto, de utilizar el suministro inmediato de información, respecto de las operaciones que, conforme a las reglas de localización que les sean aplicables, se entiendan realizadas en el territorio de aplicación del impuesto o en otro Estado miembro de la Unión Europea y estén sujetas a él y no exentas, así como en relación con las operaciones que, de acuerdo con las reglas de localización que les sean aplicables, se entiendan efectuadas en el territorio de aplicación del impuesto, Canarias, Ceuta o Melilla, estén sujetas a él pero exentas y sean realizadas por empresarios o profesionales distintos de entidades aseguradoras y entidades de crédito a través de la sede de su actividad económica o establecimiento permanente situado en el citado territorio.

- En el caso de las operaciones a las que se refiere el artículo 33.1 del Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio (importe de las primas o contraprestaciones percibidas e indemnizaciones o prestaciones satisfechas).

En definitiva y de acuerdo con lo anterior, la obligación de utilizar el sistema de suministro inmediato de información respecto de las operaciones de seguros puede concretarse en los siguientes contextos:

- Operaciones de seguros respecto de las que sí existe la obligación de emitir factura.

- Operaciones de seguros superiores a 3005,06 euros anuales. En este caso la Agencia Tributaria especifica que esta información deberá suministrarse con carácter anual durante los primeros treinta días del mes de enero siguiente al ejercicio al que se refieran y de forma agrupada respecto de cada una de las personas o entidades con las que se hubieran efectuado las citadas operaciones.
- Otras operaciones que lleven a cabo las aseguradoras sujetas a la obligación de facturación y no exentas del IVA.
- Todas las facturas recibidas, que deben ser remitidas sin especialidad en los plazos generales de envío (cuatro días con carácter general y ocho días en el 2017).

Pilar Álvarez Barbeito

---

## Análisis operacional

### Aspectos prácticos de los seguros de *representations and warranties* (y II)

Continuamos en este número con el estudio del denominado seguro de *representations and warranties* (en adelante, seguro de R&W). Este artículo es la segunda parte del análisis que comenzamos en el número anterior del boletín.

El índice de las cuestiones que se tratan en este análisis es el siguiente:

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

En la primera parte abordamos las dos primeras (*vid.* el *Boletín de Seguros* de marzo del 2017). En esta segunda parte trataremos a partir del punto 3.

### 3. Cuestiones relevantes en relación con los seguros de R&W

#### 3.1. Conocimiento de las contingencias

Por lo general los seguros de R&W excluyen de la cobertura contingencias cuya certeza del riesgo es conocida por el equipo de la transacción del comprador o que resultan de los informes de *due diligence*. Las pólizas suelen contener una exclusión completa de responsabilidad por hechos que el comprador conocía y que debería haber tenido en cuenta entonces en el precio. Las pólizas suelen incluir la referencia expresa al equipo de negociación (*deal team*) y sus integrantes como sujetos en los cuales concurre dicho conocimiento de los hechos.

En la mayoría de los contratos de compraventa se utiliza la expresión *breach* o *breach of warranty* para referirse a eventos que suponen una vulneración de una de las manifestaciones o garantías. En derecho español no estamos técnicamente ante un incumplimiento, sino ante una declaración que ha resultado no ser cierta por eventos posteriores o que, si son anteriores, no eran conocidos. Pues bien, los seguros de R&W excluyen cualquier cobertura en el supuesto de que el comprador o su equipo negociador conocieran ya que cualquiera de las manifestaciones y garantías no era cierta y, por tanto, conocían ya que concurría dicho *breach*.

Así por ejemplo, si el comprador conoce que la compañía objeto de la compraventa carece de alguna licencia, el seguro de R&W no cubrirá los daños que dicha carencia pueda conllevar, por mucho que contractualmente el vendedor hubiera manifestado tener todas las licencias necesarias y haberse comprometido a indemnizar en el caso de que dicha manifestación no fuera cierta.

En este sentido resulta de particular importancia el contenido de todos los informes de la auditoría en tanto en cuanto todas las contingencias señaladas por ellos habitualmente quedarán fuera de la cobertura de la póliza de seguro. Toda cuestión de la cual el comprador haya tenido conocimiento se considera materia conocida (*disclosed*) y aceptada por el comprador, de tal forma que la póliza de seguro no cubrirá las pérdidas o daños que puedan surgir por su causa.

#### 3.2. Impacto de umbrales «de minimis» y «basket» en un seguro de R&W

Como hemos expuesto en la primera parte de este artículo, las limitaciones cuantitativas de la responsabilidad del vendedor deben coordinarse adecuadamente con las cláusulas del seguro de R&W. Un seguro de R&W de comprador que sólo cubra a éste en las mismas condiciones que el vendedor cubre al comprador conforme al contrato de compraventa (SPA) conllevaría que cualquier limitación cuantitativa a la responsabilidad del vendedor beneficiaría también a la aseguradora.

### 3.3. *Existencia de un siniestro*

En un seguro de R&W de vendedor se aseguran riesgos indemnizables conforme a un contrato de compraventa por los daños que pueda sufrir el comprador y que éste reclame al vendedor. En un seguro de R&W de comprador se aseguran riesgos que haya sufrido el comprador y que estén cubiertos por la póliza, independientemente de que se puedan reclamar al vendedor. Pero en ambos casos suele suceder que el siniestro no lo haya sufrido el comprador directamente, sino que le haya acaecido a la empresa objeto de la transacción (a la *target*, en la terminología inglesa al uso). Por ello es importante dejar claro en el contrato de seguro que el siniestro o el daño no le tiene por qué suceder directamente al comprador, sino que también concurre cuando quien lo sufre es la empresa adquirida.

### 3.4. *Concurrencia de varios seguros*

Es muy posible que el seguro de R&W asegure riesgos que ya estén cubiertos por seguros concertados por la empresa objetivo. Así por ejemplo, si la empresa objetivo sufre un daño que tiene a su vez el 100 % cubierto por un seguro, el comprador no sufrirá ningún daño, por lo que no podrá reclamar apoyándose en su seguro de R&W.

### 3.5. *Activación del seguro de R&W*

Es conveniente que las partes de un seguro detallen adecuadamente cuándo se activa el seguro de R&W y, sobre todo, qué grado de firmeza o concreción tienen que tener los daños para que la aseguradora se haga cargo de ellos. Como hemos apuntado previamente, esto es sobre todo relevante en el caso de daños como liquidaciones de impuestos, cotizaciones a la Seguridad Social, multas o sanciones que se establecen inicialmente en actos administrativos cuyo cumplimiento puede ser exigido sin perjuicio de que la decisión como tal todavía pueda ser impugnada, así como en condenas judiciales de tribunales de instancia que puedan ser ejecutadas provisionalmente.

### 3.6. *Necesidad de agotar las acciones*

Un seguro de R&W de comprador normalmente no exigirá que éste tenga que dirigirse previamente al vendedor conforme al SPA y que sólo cuando haya agotado dicha acción pueda invocar el seguro. En principio esto estará alineado con los intereses del comprador. Sin embargo, la realidad es mucho más compleja. Es habitual que todos los contratos de seguro tengan franquicias (*retention* o *deductible*) y límites máximos de cobertura, de tal forma que los importes que queden por debajo o por encima sean cantidades directamente asumidas por el comprador; esas cantidades son parte del daño que de acuerdo con el SPA se podría reclamar al vendedor. Resulta conveniente, pues, regular en el contrato de seguro cómo tendrá lugar dicha reclamación al

vendedor, en tanto en cuanto es posible que sea una reclamación conjunta de comprador y aseguradora.

La contratación de un seguro de R&W por parte del comprador también plantea cuestiones que repercuten en su relación con el vendedor a tenor del SPA. No es infrecuente que los SPA contengan limitaciones a la responsabilidad de los vendedores en la medida en que los daños sufridos puedan ser recuperados por el comprador o por la *target* de terceros y, en particular, en virtud de seguros. Esta cláusula está habitualmente pensada para el supuesto de que la empresa objeto de la operación tenga un seguro que cubra el daño causado, de tal forma que el comprador finalmente no experimentará un daño por la contingencia, dado que la empresa objeto puede resarcirse de él. Pero ¿cuál es la virtualidad de la limitación contractual en caso de que el comprador haya suscrito un seguro de R&W?, ¿debe el comprador dirigirse primero a la aseguradora y agotar su reclamación frente a ella antes de poder dirigirse al vendedor? Entendemos que ése no es el espíritu de dicha cláusula de limitación contractual. Sin embargo, sería conveniente que en caso de que se admitiera dicha limitación en el SPA se dejara claro que la posibilidad de que el comprador recurra a un seguro de R&W contratado por él sin participación del vendedor no debería ser una excepción que este último pudiera invocar para intentar eludir o demorar su responsabilidad contractual.

### 3.7. *Necesidad probable de un segundo acuerdo con la aseguradora para lidiar con un siniestro*

En el caso de que ocurra un siniestro y el asegurado —ya se trate del comprador o del vendedor— invoque el seguro frente a la aseguradora, es muy posible que ambas partes deban ponerse de acuerdo en el procedimiento. En tal caso, habrán de suscribir un acuerdo complementario donde se regule en detalle la posición de las partes, todo ello sobre la base del contrato de seguro inicialmente suscrito.

Así por ejemplo, si en un seguro de R&W de vendedor, ante una reclamación administrativa o judicial, el vendedor tiene derecho a ejercer la defensa que le correspondería a la *target* frente a la reclamación, el vendedor normalmente consensuará la estrategia con la aseguradora a fin de no adoptar una —como por ejemplo pudiera ser un acuerdo transaccional— que después pudiera ser cuestionada por la aseguradora para negar la cobertura. Es muy difícil que dicho acuerdo pueda adelantarse al momento de la suscripción del contrato de seguro, si bien nuestra recomendación sería anticipar que esto puede pasar y que las partes se comprometan a acordar de buena fe las actuaciones que se habrán de seguir frente a posibles contingencias.

Por el contrario, si se tratara de un seguro de R&W de comprador, el comprador y la aseguradora podrían tener que llegar a acuerdos acerca de cómo reclamar en su caso al vendedor —sobre todo cuando ambos tengan derecho a hacerlo en

tanto en cuanto el seguro de R&W no cubra todo el importe cubierto por el vendedor contractualmente—.

El número de cuestiones sobre las que es posible tener que llegar a un acuerdo puede ser muy elevado y es muy difícil preverlas en la póliza de seguro inicial, cuya redacción no suele ser muy extensa —al menos en comparación con el SPA—. Un ejemplo de ellas es la relativa a cantidades que tengan que ser anticipadas o que queden cubiertas con garantías aportadas por una de las partes para hacer frente a un daño concreto, de manera que se regule la forma en que dichas garantías o sus cantidades se recuperarán si las acciones interpuestas resultan exitosas.

3.8. *En el caso de seguro de R&W de comprador, ¿se subroga la aseguradora en las acciones del comprador frente al vendedor?*

En la medida en que la aseguradora cubra un riesgo del comprador que éste pueda también recuperar del vendedor, la aseguradora se subrogará en los derechos que tenga el comprador frente al vendedor. Por ello, a nuestro juicio, la aseguradora podrá reclamar al vendedor conforme a los términos del SPA, excepto que medie pacto en contrario.

En este sentido es importante tener en cuenta que, si el seguro de R&W se equiparara al seguro de caución, según el artículo 68 de la Ley 50/1980, «[t]odo pago hecho por el asegurador deberá serle reembolsado por el tomador del seguro». Sin embargo, en un seguro de R&W de comprador, lo normal será que el tomador del seguro sea el propio comprador y no el vendedor.

3.9. *¿Se puede firmar un seguro de R&W con posterioridad al cierre de la operación?*

Nada obsta para que un seguro de R&W, ya sea de comprador o de vendedor, se pueda suscribir con posterioridad al cierre de la operación. En el caso de un seguro de R&W de vendedor, las condiciones contractuales ya estarán claras, por lo que la negociación del vendedor con la aseguradora será más sencilla por ese lado. No obstante, el vendedor deberá estar en condiciones de poder proporcionar información a la aseguradora sobre la *target*, por lo que deberá haber previsto en el SPA esa posibilidad con el fin de no incumplir cualquier tipo de pacto de confidencialidad.

En el caso del comprador, la suscripción del seguro de R&W con posterioridad a la operación sigue también siendo posible, dado que el comprador en ese caso lo que busca es aumentar la protección contractual que ya tiene con el SPA o contar con una entidad solvente que se la garantice.

### 3.10. *Momento del otorgamiento de las manifestaciones y garantías*

Al igual que los contratos de compraventa de empresas siguen normalmente un esquema anglosajón de manifestaciones y garantías, es habitual que los seguros de R&W utilicen la misma terminología y se remitan a las condiciones pactadas en el SPA. Resulta conveniente no obstante aclarar que la fecha de vigencia de las manifestaciones y garantías será la misma que la del SPA y así, si en el SPA las manifestaciones y garantías se otorgan en el momento de su firma y se reiteran en el momento del cierre, es conveniente que el contrato de seguro de R&W se remita a ello y explicita que la cobertura por incumplimiento de las manifestaciones y garantías se refiere tanto a la fecha de firma como a la de cierre.

### 3.11. *Desvinculación entre el seguro de R&W de comprador y el SPA*

Un comprador suele tener interés en dejar claro que cualquier reclamación que pueda efectuar a la aseguradora será independiente de los derechos que pueda tener conforme al SPA y, en particular, la aseguradora no podrá invocar ninguna limitación de la responsabilidad del vendedor a tenor del SPA para limitar su cobertura conforme al seguro de R&W. No obstante, es conveniente revisar bien la redacción de dichas cláusulas en tanto en cuanto la aseguradora normalmente sólo querrá responder en las mismas condiciones que lo haría el vendedor.

### 3.12. *¿Cubren los seguros de R&W los incumplimientos de contrato distintos de las manifestaciones y garantías?*

La respuesta a dicha pregunta es no. Los seguros de R&W cubren posibles incumplimientos de las manifestaciones y garantías, pero no incumplimientos contractuales por alguna de las partes. Aunque siempre habrá que estar a la letra del contrato para ver el alcance de la cobertura.

## **4. Ley aplicable al seguro de R&W**

Una de las principales preguntas que se plantean en el mercado de las pólizas de seguro de R&W es el tipo de contrato que se ha de suscribir y la legislación aplicable. En particular, en operaciones de fusiones y adquisiciones en España la pregunta es si es posible suscribir contratos de seguro sujetos a otra legislación que no sea la española. Ésta es una pregunta frecuente dado que muchas operaciones de seguro de R&W son intermediadas desde otros países y suele ser frecuente que las aseguradoras pacten el sometimiento a otra legislación, en particular a la legislación inglesa.

La legislación española —en particular la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro (LCS)— es de aplicación obligatoria a los seguros de daños que aseguren riesgos situados

en España concertados por tomadores que tengan su residencia habitual o su domicilio en España. Son numerosas las cuestiones previstas en dicha ley que tienen carácter imperativo y a las cuales deben someterse las partes (*vid.* art. 2 LCS). De esta forma, una parte sustancial de los contenidos contractuales de las pólizas de seguro de daños vienen predeterminados por la regulación legal.

Sin embargo el artículo 44 de la Ley 50/1980 deja libertad a las partes para elegir la ley aplicable en los contratos de seguro por grandes riesgos. El artículo 3 (27) de la Directiva 2009/138/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre, sobre el acceso a la actividad de seguro y de reaseguro y su ejercicio (Solvencia II), y el artículo 11 de la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras, regulan qué puede entenderse por grandes riesgos (*large risks* en la terminología de la directiva).

Y, de conformidad con dicha normativa, los seguros de daños y los seguros de responsabilidad civil podrán considerarse de grandes riesgos, siempre que el tomador (o el grupo de empresas al que pertenezca) supere los límites de, al menos, dos de los tres criterios siguientes:

- Activo total del balance: 6 200 000 euros.
- Importe neto del volumen de negocios: 12 800 000 euros.
- Número medio de empleados durante el ejercicio: 250 empleados.

De esta forma, si el tomador del seguro cumple dichos requisitos, será posible negociar un seguro de R&W sujeto a una legislación distinta de la española (habitualmente la inglesa), mientras que, si no los cumple, el seguro de R&W deberá estar sujeto a legislación española. Nuestra recomendación es que en las pólizas de seguros de R&W se incluya una manifestación al respecto por parte del tomador.

## 5. Influencia de la existencia de un seguro de R&W en el contrato de compraventa

Hasta ahora hemos comentado cuestiones que afectan directamente al contrato de seguro de R&W, pero la realidad es que, en las transacciones, la existencia de un seguro de ese tipo suele ser un hecho que se prevé en los SPA y que tiene implicaciones directas en la redacción de sus cláusulas. Así, por ejemplo, podemos citar como posibles cláusulas que introducir en un SPA motivadas por la existencia de dicho seguro —entre muchas otras— las siguientes:

- a) El compromiso de una de las partes de contratar el seguro de R&W.

b) En un seguro de R&W de vendedor:

- La cesión de los derechos del vendedor frente a la aseguradora al comprador.
- Los importes de la cobertura del seguro de R&W.

c) En seguro de R&W de comprador:

- La subrogación o no de la aseguradora en los derechos del comprador frente al vendedor en caso de que la aseguradora cubra independencia. En su caso, el compromiso del vendedor de que la aseguradora renuncia a cualquier acción de repetición frente al vendedor, excepto en caso de dolo o fraude.
- El procedimiento de reclamación del comprador frente al vendedor en el caso que dicha reclamación sea conjunta con la aseguradora.
- O el compromiso del comprador de no invalidar ni llevar a cabo actuación alguna que implique cancelar o reducir la cobertura de la aseguradora en el seguro de R&W.

José Puente Orench

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

**Pablo Muelas García**

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

**Ángel Varela Varas**

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

**Fernando Igartua Arregui**

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

**Santiago Gómez-Acebo Carvajal**

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

**Enrique Ortega Carballo**

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

**Filipe Santos Barata**

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

Para más información, consulte nuestra web [www.ga-p.com](http://www.ga-p.com), o diríjase al siguiente e-mail de contacto: [info@ga-p.com](mailto:info@ga-p.com).