

Coordinador:

Pablo Muelas García

Socio. Grupo de Seguros de Gómez-Acebo & Pombo

Contenido: Jesús Almarcha, Ricardo Alonso, Ángel Carrasco, Ferrán Foix,
Santiago Gómez-Acebo, Fernando Herrero y Pablo Muelas

septiembre 2016

N.º 7



Sumario

▶ Introducción	2
— <i>Brexit</i> en el sector asegurador: la tormenta perfecta	2
▶ Análisis normativo	5
— ¿Cómo pueden invertir las entidades aseguradoras y los fondos de pensiones en bonos en el marco de la directiva Solvencia II?	5
— La ubicación de la función de verificación del cumplimiento normativo en las entidades aseguradoras	9
— Solvencia II en los productos: directrices de gobernanza	9
▶ Análisis jurisprudencial	11
— Cláusulas lesivas, limitativas y delimitadoras del riesgo en el contrato de seguro	11
— Acción de repetición entre aseguradoras	12
— Pérdida del derecho a la indemnización debido al incumplimiento por el asegurado del deber de información del proceso judicial al asegurador	13
▶ Análisis operacional	14
— La desnaturalización del seguro de transporte terrestre de obras de arte	14



Introducción

Brexit en el sector asegurador: la tormenta perfecta

Desde que el *brexit*, como amenaza consumada, apareció en escena el 23 de junio, no ha dejado de hablarse de su impacto. Son tantas las variables en juego que tardaremos mucho tiempo en despejar las incógnitas que planean sobre el horizonte, unas conocidas —por ejemplo, el modelo de relación que se acordará entre el Reino Unido y la Unión Europea— y otras muchas no. Ésta es quizá la nota más peculiar de este acontecimiento histórico: que unilateralmente se ha decidido dar un paso cuyas consecuencias son desconocidas para todas las partes implicadas.

Los «brexitólogos», si se me permite, coinciden en señalar que la salida del Reino Unido de la Unión Europea traerá a corto y medio plazo inestabilidad en los mercados. Y eso es ya una realidad: desplome en la rentabilidad de la deuda soberana, volatilidad aguda en la renta variable y en los mercados de divisas, y la suspensión de operaciones de reembolso (lo que se conoce popularmente como *corralito*) de varias importantes gestoras británicas de activos inmobiliarios.

La formalización de la voluntad de abandono de la Unión Europea, escenificada por medio de la invocación del artículo 50 del Tratado de la Unión Europea y su subsiguiente negociación contrarreloj, limitada a dos años, son una incógnita, tanto por el momento de su activación como por el resultado de los acuerdos que, en su caso, se alcancen. Con independencia de lo que depare el futuro, suponiendo que «la suerte esté echada», ya están sucediendo hechos notables en la economía europea, en algunos casos, porque de modo natural el capital quiere adelantarse a un cambio drástico de marco regulatorio en el Reino Unido y, en otros, porque se están induciendo esos reposicionamientos en la expectativa de que, con ellos, otros actores y plazas financieras puedan verse beneficiados.

El sector asegurador vive esta realidad desde el centro del huracán. No en vano, el Reino Unido es una plaza de referencia por su tradición, por la potencia que tiene Londres en el sector financiero, por ser sede de Lloyd's y por ser plataforma de entrada de negocios de los Estados Unidos, Canadá y Australia, entre otros. Pero es que, además, esto sucede cuando hace apenas medio año ha entrado en vigor el proyecto normativo más ambicioso en términos de dinamización y fortalecimiento del mercado interior. Y, conforme a él, los aún veintiocho Estados miembros llevan años preparando reformas internas, muy costosas en general, para hacerlo realidad.

La combinación de los dos factores descritos —el peso relativo del mercado británico y la integración regulatoria en la Unión Europea— da lugar, al menos de modo potencial, a la tormenta perfecta, aquella que nadie quiere vivir en primera persona. En una primera aproximación, cabría concluir que ese vastísimo negocio asegurador residencial en el Reino Unido se quedaría «aislado» del resto del continente. Y eso tiene graves consecuencias al tratarse de una actividad, la aseguradora, que tiene su razón de ser en la mutualización de los riesgos, en la aplicación de la ley de los grandes números y en la compensación geográfica de los riesgos tomados para que su impacto global sea asumible, por predecible.

Bajemos a los detalles de la regulación hoy vigente para ponderar cuán dramáticas serían las consecuencias del *brexit* en el caso de que se materializase en su modalidad más pura, es decir, sin acuerdos que dulcifiquen su tránsito a país tercero de la Unión Europea.

La conclusión más evidente, sin duda, es que, con la salida de la Unión Europea, las entidades aseguradoras y reaseguradoras autorizadas en el Reino Unido perderían lo que se denomina el *pasaporte comunitario*, es decir, la facultad de poder ejercer sus actividades en España (y en el resto de los países de la Unión Europea) en régimen de derecho de establecimiento o en régimen de libre prestación de servicios, como permite el artículo 51 de la Ley de supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras (LOSSEAR) transponiendo un principio rector del mercado interior.

Otra derivada de este pasaporte es que la *supervisión* de las sucursales que operen en España corresponderá, en virtud del artículo 56 de la recién mencionada ley, a las autoridades del Estado miembro de origen, sin perjuicio de determinadas funciones accesorias que pudiera asumir la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones (DGSFP) y la Autoridad Europea de Seguros y Pensiones de Jubilación (AESPJ).

Una categoría distinta son las *agencias de suscripción*, reguladas en el artículo 60 de la LOSSEAR, una figura a medio camino entre la distribución y el aseguramiento que carece, en la actualidad, de ese pasaporte europeo. Una buena parte de las cuarenta y cinco agencias de suscripción autorizadas por la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones operan para la sucursal de Lloyd's en España. En un escenario de *brexit*, Lloyd's tendría que operar en España, no en virtud del derecho de



establecimiento, sino como sucursal de un tercer país (como si fuera Estados Unidos, por ejemplo), cuyas características analizaremos seguidamente.

Las entidades aseguradoras británicas que quisieran operar en España tras el *brexít* deberían someterse, en principio y con las hipótesis ya mencionadas, a lo previsto en el capítulo III del título II de la LOSSEAR y del Real Decreto de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras (RDOSEAR), es decir, al régimen de acceso a la actividad en España de entidades aseguradoras y reaseguradoras de *terceros países*. Frente al pasaporte comunitario actual, el ministro de Economía y Competitividad podrá autorizar a estas entidades para establecer sucursales en España en un plazo máximo de seis meses, con silencio negativo, si cumplen los doce requisitos previstos en el citado real decreto. Entre ellos, la designación de un apoderado general con domicilio y residencia en España para obligar a la entidad aseguradora frente a terceros y representarla ante tribunales y autoridades españoles; el mantenimiento en España de activos equivalentes al mínimo del capital mínimo obligatorio, depositando el 25 % de su cuantía a modo de fianza a disposición de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones; la disposición de fondos superiores al capital o fondo mutual mínimos exigidos en la LOSSEAR; el compromiso de cobertura del capital de solvencia y mínimo obligatorios y el cumplimiento de las disposiciones del sistema de gobierno, por citar los que me resultan más significativos. Estas sucursales estarán sometidas a la normativa española, salvo lo previsto respecto al pasaporte comunitario, que no les sería aplicable.

Conforme al artículo 62 de la LOSSEAR, *se prohíbe*, si alguien quisiera soslayar este requisito anterior mediante la directa operativa desde el Reino Unido, concertar operaciones de *seguro directo* con entidades aseguradoras de terceros países ajenos a la Unión Europea o hacerlo a través de mediadores de seguros que realicen su actividad para aquéllas, salvo que se contrate mediante sucursales legalmente establecidas en España.

El *negocio reasegurador* no se vería afectado por estas restricciones, pudiendo las entidades reaseguradoras operar desde el país donde tengan su domicilio social (no sucursal), aunque sea un tercer país. Las reaseguradoras domiciliadas en otros países del Espacio Económico Europeo (actualmente Unión Europea, Islandia, Liechtenstein y Noruega) podrán operar en España en régimen de derecho de establecimiento o de libre prestación de servicios, sin que sea preciso autorización administrativa o comunicación previa, como precisa el artículo 33 del RDOSEAR.

La entidad de país tercero que opere por medio de *sucursales autorizadas en varios Estados* miembros podrá

acogerse a un régimen especial, previsto en el artículo 107 de la LOSSEAR, en virtud del cual la supervisión de la solvencia de todas las sucursales corresponderá a una única autoridad supervisora.

A la vista de lo anterior, y asumiendo que el régimen de las sucursales de entidades domiciliadas en países terceros es muy gravoso, especialmente si se pone en contraste con el ágil marco actual de pasaporte comunitario, las entidades británicas que operan actualmente en España mediante derecho de establecimiento tendrían dos posibilidades:

- a) Sustituir la sucursal por una filial, es decir, constituir una sociedad española *ex novo* con capital extranjero. Quién nos hubiera dicho que alguna vez veríamos el proceso inverso a la «sucursalización». No queda tan lejos el tiempo en el que alguna entidad relevante decidió, por eficiencia de capital y administrativa, «sucursalizar» la presencia territorial de la compañía en los distintos Estados miembros unificando las relaciones del supervisor con el del país que consideró más interesante para centralizar su operativa.
- b) Reubicar la matriz en un Estado de la Unión Europea para poder seguir disfrutando del régimen de derecho de establecimiento a través de sucursales. No es ocioso señalar que ya se ha desatado una especie de concurso de méritos de otras jurisdicciones por atraer empresas británicas guiadas por esta motivación. Irlanda parece, *a priori*, la mejor colocada para desempeñar este papel.

No hacer «nada» conduciría, por aplicación directa o por analogía, a aplicar en determinados casos el artículo 108 del RDOSEAR, relativo al traslado del domicilio social de una entidad aseguradora domiciliada en España al extranjero. Al margen de ciertos requisitos, empezando por la autorización del ministro de Economía y Competitividad, interesa destacar el derecho que se reconoce a los tomadores para que puedan resolver los contratos vigentes, recibiendo en tal caso el reembolso de la prima no consumida. Siendo el *brexít* un proceso convulso público, es verosímil imaginar que muchos tomadores, si no la mayoría, pudieran optar por esta «fórmula de descuelgue» a sabiendas de que, pasando las entidades aseguradoras a ser extranjeras, su supervisión, solvencia y mecanismos de protección a los consumidores se guiarán por normas y autoridades no equivalentes, en principio.

Otras consecuencias relativas a normativa y jurisprudencia serían éstas:

- Incertidumbre sobre la configuración final, u orientación, que adopte su normativa. ¿Hacia dónde se



transformará? El instinto de supervivencia que se presupone a las autoridades británicas las llevará, en buena lógica, a no alejarse demasiado de lo que preceptúan las directivas comunitarias y, de ese modo, por medio de la declaración de *normativa equivalente*, suavizar los impactos del *leave*.

- Los reglamentos comunitarios, *directamente aplicables* en el resto de la Unión Europea, dejarán de serlo en el Reino Unido. Esta característica de los reglamentos comunitarios obedece a la trascendencia de su contenido, que no se quiere que pueda ser interpretado de modo divergente por los Estados miembros en su aplicación.
- Dificultades para los *arbitrajes* en Londres sometidos a la ley inglesa, al no estar quizá homologada con la de la Unión Europea; y complicaciones en la solución de conflictos sobre ley y foro judicial, al no ser aplicables los reglamentos de Roma y Bruselas.
- *Jurisprudencia británica* no necesariamente armonizada con las decisiones de la Comisión Europea y con las sentencias del Tribunal de Luxemburgo, que, en virtud de los principios de congruencia, no contradicción y efecto útil del Derecho comunitario sí son vinculantes para todos los jueces de la Unión Europea.

Las conclusiones apuntadas para el sector asegurador, en lo concerniente al pasaporte comunitario son trasladables al ámbito de la *distribución de seguros*. Tanto la vigente Ley 26/2006, de 17 de julio, de mediación de seguros y reaseguros privados, como la futura que transponga la Directiva 2016/97, de 20 de enero del 2016, sobre la distribución de seguros, incorporan el derecho del intermediario de seguros autorizado en un país miembro a ejercer la actividad en otro por medio de una sucursal o en régimen de libre prestación de servicios.

Frente a lo que hemos visto en la normativa reguladora de la actividad de seguros y reaseguros, en la ley vigente de la mediación las actividades desarrolladas en *países terceros* y las ejercidas a través de mediadores establecidos en países terceros están excluidas de su ámbito de aplicación.

La Directiva 2016/97, por su parte, no afecta al derecho de un Estado miembro en lo referente a las actividades de distribución de seguros ejercida por intermediarios de seguros *establecidos en un tercer país* y que trabajen en régimen de libre prestación de servicios en su territorio. Esta directiva tampoco regula las actividades de distribución de seguros o de reaseguros ejercidas en terceros países, aunque requiere a los Estados miembros que informen a la Comisión de las dificultades que hallen sus distribuidores de seguros para establecerse o ejercer actividades de distribución de seguros en un tercer país.

Por tanto, las actividades de distribución de seguros en países terceros o desde países terceros carecen de tratamiento armonizado, pudiendo tener un gran impacto, por ejemplo y por oposición a la regulación europea, en la protección a los consumidores.

La conclusión de lo anterior, desde una perspectiva meramente normativa, es que el *brexit* abre un escenario distinto —y disruptivo si se me permite— cuyas consecuencias son hoy desconocidas en sus detalles porque dependerán de cómo se negocie la nueva relación Reino Unido-Unión Europea, pero en todo caso serán de amplio alcance. ¿A quién afectará en mayor medida? En mi opinión, a quien deba adaptarse más. Según los datos del «Informe de Seguros del 2015», elaborado por la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, hay cuatro sucursales españolas operando en el Reino Unido frente a treinta y tres británicas registradas en España; el balance en entidades que operan en libre prestación de servicios (LPS) arroja un resultado semejante: treinta y nueve españolas en el Reino Unido frente a ciento ochenta y dos británicas en España.

Ante este panorama, desafiante para unos y lleno de oportunidades para otros, se impone mantener un estado de alerta activa que propicie la oportuna *conjugación del negocio con la legalidad*. El problema viene de fuera, pero los efectos sin duda nos alcanzarán. El capital buscará estabilidad jurídica a medio y largo plazo, y el mantenimiento de idénticos niveles de actividad *intraeuropea* a corto. El sector asegurador español tiene argumentos sobrados para encarar esta etapa de incertidumbres con optimismo.



Análisis normativo

¿Cómo pueden invertir las entidades aseguradoras y los fondos de pensiones en bonos en el marco de la directiva Solvencia II?

1. Resumen ejecutivo

La nueva Ley 20/2015 y el real decreto que la complementa, ambos transponiendo el nuevo marco regulatorio europeo conocido como *Solvencia II*, establecen determinadas reglas para que las entidades puedan calcular, en función de los riesgos asumidos, el capital de solvencia obligatorio (CSO).

En relación con la inversión en bonos privados, Solvencia II obliga a las entidades aseguradoras a invertir con arreglo al principio de prudencia, haciéndolo únicamente en activos cuyos riesgos se puedan controlar, medir y determinar debidamente.

Solvencia II es contraria a limitar las inversiones (como sí hacía el régimen anterior), pero obliga a cumplir ciertas pautas de prudencia. Sobre la inversión en bonos por parte de las entidades aseguradoras, caben varias consideraciones particulares: *a)* en relación con los bonos para proyectos (*project bonds*), los ajustes afectan favorablemente al tratamiento que en términos de capital de solvencia tienen las inversiones en infraestructuras y recoge los criterios que deben reunir las inversiones para beneficiarse de este tratamiento ventajoso (la nueva clase de activos debe garantizar que las inversiones presenten un perfil adecuado); *b)* ajuste por casamiento (*matching adjustment*), en virtud del cual los productos de vida «se casan» con activos de igual rentabilidad y vencimiento inmunizándose la entidad frente a la volatilidad de los diferenciales (*spreads*) del crédito; y *c)* división de las posiciones de titulización de las entidades aseguradoras en tres categorías.

Las previsiones de Solvencia II no resultan aplicables a los fondos de pensiones, que se rigen todavía por un sistema de lista de activos aptos para la inversión.

2. Entidades aseguradoras

Desde que el 1 de enero del 2016 entró en vigor el nuevo régimen de Solvencia II, constituido por la aplicación sistemática de las normas de primer, segundo y tercer nivel, se plantea, de modo recurrente, la duda sobre cuáles son las inversiones posibles y, aún mejor, las más convenientes desde el punto de vista del consumo de capital de solvencia.

La cuestión es pertinente porque la normativa ya derogada respondía a esa pregunta de un modo muy simple, estableciendo un catálogo de activos aptos para la cobertura de provisiones técnicas con unas reglas de dispersión y diversificación relativamente sencillas de aplicar. En ese esquema puramente binario (sí/no), la elección de los activos en los que invertir las primas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones adquiridas se limitaba a conciliar la oferta de mercado (rentabilidad/riesgo) con la aptitud reconocida en la ley.

La situación cambia radicalmente con la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras (LOSSEAR), y el Real Decreto 1060/2015, de 20 de noviembre, que lo complementa (RDOSEAR). Haciéndose eco de la Directiva 2009/138/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre del 2009, sobre el acceso a la actividad de seguro y de reaseguro y su ejercicio (Solvencia II), el nuevo marco regulatorio ya no establece un listado de activos aptos para cobertura. Por el contrario, se estipulan unas normas complejas para calcular el llamado capital de solvencia obligatorio (CSO), que es el necesario para garantizar la viabilidad de la entidad aseguradora con un 99,5 % de probabilidad en el plazo de un año. Este capital debe capturar todos los riesgos, calibrados con las correlaciones que procedan, a los que esté expuesta la entidad, tanto los que se desprendan de su negocio, como los que se deriven de los activos en los que invierte. De este modo, hay previstos riesgos de mercado, de salud, por impago, de vida y de no vida. Este cálculo puede hacerse, o bien con la llamada *fórmula estándar*, o bien mediante un modelo interno, debiendo este último ser aprobado por el supervisor.

Una vez calculado el capital de solvencia obligatorio (y el capital mínimo de solvencia por debajo del cual la entidad no puede operar), debe evaluarse si la entidad tiene fondos propios en cantidad y calidad suficientes como para cubrirlo.

Centrando el análisis en la inversión de bonos privados (no olvidemos que las entidades aseguradoras son las principales inversoras en deuda pública), hay que comenzar recordando el artículo 79 de la LOSSEAR, a cuyo tenor, «las entidades aseguradoras y reaseguradoras deberán invertir sus recursos con



arreglo al *principio de prudencia*. Invertirán sólo en activos e instrumentos cuyos *riesgos puedan determinar, medir, vigilar, gestionar y controlar debidamente*».

El artículo 89 del RDOSEAR da un paso más en la concreción de las normas aplicables a las inversiones de las entidades aseguradoras estableciendo lo citado a continuación:

Las entidades aseguradoras y reaseguradoras deberán invertir sus recursos con arreglo al principio de prudencia. A estos efectos deberán cumplir lo siguiente:

- a) Invertirán sólo en activos e instrumentos cuyos *riesgos puedan determinar, medir, vigilar, gestionar y controlar debidamente* además de informar adecuadamente de ellos a la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones. Dichos riesgos se tendrán en cuenta en la evaluación de las necesidades globales de solvencia dentro de la evaluación interna de riesgos y solvencia.
- b) Invertirán de forma que quede *garantizada la liquidez, seguridad y rentabilidad del conjunto de la cartera de activos*, en especial de aquellos que cubren el capital mínimo obligatorio y el capital de solvencia obligatorio.
- c) Garantizarán que la *localización de los activos permita en todo momento su disponibilidad* por parte de la entidad aseguradora o reaseguradora.
- d) Los activos que representan las provisiones técnicas los invertirán de forma que sea *coherente con la naturaleza y duración de las obligaciones* derivadas de los contratos de seguro y reaseguro y *buscando el interés general de todos los tomadores y beneficiarios*. En caso de conflicto de intereses, deben buscar el mayor beneficio de los tomadores y beneficiarios. Deben tenerse en cuenta los *objetivos dados a conocer por la entidad en materia de inversiones*.
- e) La inversión en *instrumentos derivados* se admitirá *en la medida en que contribuyan a reducir los riesgos de inversión* o a facilitar la gestión eficaz de la cartera.
- f) La inversión en *activos no negociados en mercados organizados deberá mantenerse en niveles prudentes*.

- g) Los activos estarán *diversificados de manera adecuada* a fin de evitar una dependencia excesiva de un único activo, emisor o grupo de empresas, o una determinada zona geográfica, así como un exceso de acumulación de riesgos en la cartera en su conjunto.

Las inversiones en activos *emitidos por un mismo emisor* o por emisores pertenecientes a un mismo grupo *no deberán exponer a la entidad a una concentración excesiva de riesgo*.

Como se ha señalado anteriormente, la filosofía inherente a Solvencia II es contraria a limitar las inversiones; por el contrario, da pautas de prudencia, que son las reflejadas en este precepto. Además de estos amplios principios inspiradores, es necesario atender al contenido preciso que al respecto establece el llamado nivel 2, es decir, el Reglamento Delegado 2015/35 de la Comisión, de 10 de octubre del 2014, por el que se completa la directiva de Solvencia II. Tanto en su formulación general como en la simplificada, el cálculo del «riesgo de diferencial» en bonos aspira a cuantificar la pérdida de fondos propios básicos a que daría lugar una disminución instantánea del valor de cada bono.

Este cálculo se asienta principalmente sobre dos variables: la calificación crediticia del bono otorgada por una agencia de calificación crediticia externa (ECAI)¹ y la duración modificada del bono. En este sentido, la inversión en bonos privados por una entidad aseguradora será tanto más ventajosa a efectos del cómputo del capital de solvencia obligatorio cuanto menor duración y mejor calificación crediticia tenga.

Cuando no se disponga de una calificación crediticia de una agencia externa designada, el factor de estrés que se les asignará dependerá del valor ajustado al riesgo de la garantía real que se aporte.

Éste es el riesgo más característico del bono, pero no el único que le podría afectar. El riesgo de divisas o el de concentración, según los casos, también podrían ponderar en el cálculo del capital de solvencia obligatorio.

Sobre esta base teórica general, cabe hacer varias consideraciones particulares sobre la inversión en bonos por parte de entidades aseguradoras.

La primera, en relación con el bono como instrumento de inversión en infraestructuras europeas (conocidos como *project bonds*). En los últimos tres años, la Comisión Europea ha estado buscando el medio de atraer

¹ ECAI: *external credit assessment institution*.



inversión privada, sustitutiva de la muy reducida inversión pública, para financiar infraestructuras europeas ante la evidencia de la inexistencia o paralización de nuevos proyectos, con el consiguiente impacto social y económico.

El 30 de septiembre del 2015, como parte del paquete de medidas integrantes de la Iniciativa de la Unión de Mercados de Capital, se aprobó el Reglamento Delegado (UE) 2016/467 de la Comisión, de 30 de septiembre del 2015, por el que se modifica el Reglamento Delegado (UE) 2015/35 en relación con el cálculo del capital de solvencia obligatorio para varias categorías de activos mantenidos por las empresas de seguros y reaseguros.

En particular, los ajustes afectan favorablemente al tratamiento que, en términos de capital de solvencia, tienen las inversiones en infraestructuras. Estos activos no se limitan a sectores específicos o estructuras físicas, sino que engloban todos los sistemas y redes que proporcionan servicios públicos esenciales.

La nueva regulación introduce numerosos requisitos tendentes a limitar el riesgo para que estas inversiones sean más seguras, menos volátiles, tengan mayores tasas de recuperación y sean menos sensibles a los factores económicos en general que otras inversiones comparables.

El artículo 164 *bis*, titulado «Inversiones en infraestructuras admisibles», recoge, exigiendo un marco contractual reforzado, todos los criterios que deben reunir las inversiones para beneficiarse del tratamiento ventajoso en términos de capital:

- a) Que los proveedores de deuda cuenten con garantías sobre todos los activos y contratos necesarios para explotar el proyecto.
- b) Que las acciones se pignoren a favor de los proveedores de deuda de tal forma que puedan tomar el control de la entidad del proyecto de infraestructura antes del impago.
- c) Que el uso de los flujos de caja de explotación netos después de los pagos obligatorios del proyecto para fines distintos de las obligaciones de servicio de la deuda esté restringido.
- d) Que se impongan restricciones contractuales sobre la capacidad de la entidad del proyecto de infraestructura para llevar a cabo actividades que puedan ser perjudiciales para los proveedores de deuda, incluida la imposibilidad de emitir

nueva deuda sin el consentimiento de los proveedores de deuda existentes.

La nueva clase de activos de infraestructura debe garantizar que las inversiones presenten un perfil de riesgo adecuado respecto a su resiliencia frente a las situaciones de tensión, previsibilidad de los flujos de caja y protección ofrecida por el marco contractual. Cuando pueda demostrarse que las inversiones en infraestructura presentan un mejor perfil de riesgo que otras inversiones empresariales, podrán reducirse los factores de riesgo en los submódulos de riesgo de acciones y de diferencial de la fórmula estándar. Esta calibración supone una rebaja del factor de estrés en el capital para tal inversión del 30 %.

La segunda consideración particular se refiere al ajuste por casamiento, que es la otra palanca de Solvencia II que afecta positivamente a la inversión en bonos por parte de las entidades aseguradoras. La normativa de origen europeo ha bendecido una práctica que ya se venía haciendo en España desde hace quince años. En virtud de esta operación, los productos de seguro de vida «se casan» con activos de igual rentabilidad y vencimiento. Con ello la entidad se inmuniza frente a la volatilidad de los diferenciales de crédito, que de otra manera impactaría en los fondos propios de las entidades aseguradoras.

Las condiciones que se deben reunir para aplicarse el ajuste (en la estructura de tipos de interés sin riesgo) por casamiento los encontramos en el artículo 55 del RDOSEAR y su cálculo, en el artículo 56.

En tercer lugar, merece destacarse el tratamiento que Solvencia II, y en particular el Reglamento Delegado 2015/35, da a las posiciones de titulización de las entidades aseguradoras. A estos efectos, el reglamento distingue tres tipos de posiciones de titulización, las del grupo 1, las del grupo 2 —que son básicamente las que no cumplen los requisitos de las del grupo 1— y las retitulizaciones.

Los criterios que permiten incluir una posición de titulización en el grupo 1 son de diversos tipos. Algunos afectan a las propias condiciones del valor (calificación crediticia, tener el rango más *senior* entre los tramos de la operación); otros, a los activos subyacentes (se recupera por ejemplo el criterio de homogeneidad que ha desaparecido en la nueva regulación interna de titulización), y otros, incluso a la propia estructuración de la operación y al tratamiento del riesgo de contrapartida.

Es muy relevante, tanto desde el punto de vista de los originadores de operaciones de titulización como de



los inversores de éstas, asegurarse de que la operación cumple los requisitos previstos en el mencionado reglamento delegado para asegurar la máxima eficiencia en el consumo de capital de las entidades aseguradoras, que han sido tradicionalmente uno de los principales inversores institucionales en este tipo de activos.

En este sentido, conviene asimismo señalar que esta regulación se verá afectada por el Reglamento —actualmente en negociación— por el que se establecen normas comunes sobre la titulización y se crea un marco europeo para la titulización simple, transparente y normalizada, el cual concernirá tanto a entidades aseguradoras como a entidades de crédito y otro tipo de inversores.

3. Fondos de pensiones

Las previsiones de Solvencia II no resultan aplicables, sin embargo, a los fondos de pensiones, que se rigen todavía por un sistema de lista de activos aptos para la inversión de forma similar al que resultaba aplicable a las entidades aseguradoras antes de Solvencia II.

En este sentido, la Ley de Regulación de los Planes de Fondos de Pensiones (Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre) y el reglamento que lo desarrolla (Real Decreto 304/2004, de 20 de febrero) regulan las inversiones aptas para los fondos de pensiones. El reglamento lista los activos aptos para la inversión de los fondos de pensiones. Sin ánimo exhaustivo, son los siguientes:

- Valores e instrumentos financieros de renta fija y variable de cualquier tipo cuando, habiendo sido admitidos a negociación en mercados regulados, sean susceptibles de tráfico generalizado e impersonal en un mercado financiero. Requisitos: 1) renta variable, que se negocien electrónicamente o que formen parte del índice representativo del mercado en el que se negocien; 2) renta fija, que sea posible obtener cotización en alguna de las tres últimas sesiones del mercado previas a la fecha de elaboración de los estados contables; 3) renta fija respecto de los que al menos un agente financiero que actúe por cuenta propia ofrezca precios públicamente con fines de negociación y cierre de operaciones que se ajusten a las condiciones vigentes en el mercado en cada momento.

- Además de los anteriores, son activos aptos, entre otros y sujetos a varios requisitos establecidos en el reglamento, los siguientes: 1) activos financieros estructurados; 2) acciones y participaciones de ciertas instituciones de inversión; 3) créditos hipotecarios —siempre que se trate de primera hipoteca y ésta esté constituida sobre inmuebles que cumplan ciertos requisitos—, créditos frente a la Hacienda Pública por retenciones a cuenta del impuesto sobre sociedades y créditos pignoratícios —cuando el objeto de la garantía sea también un activo apto para la inversión de los fondos de pensiones—; 4) instrumentos derivados, sujetos a ciertos requisitos, y 5) acciones y participaciones de ciertas entidades de capital riesgo.

- También son activos aptos los valores e instrumentos financieros de renta fija y variable distintos de los previstos anteriormente en los siguientes términos: 1) valores e instrumentos financieros no cotizados en mercados regulados o que, estando admitidos a negociación en mercados regulados, no sean susceptibles de tráfico generalizado e impersonal, siempre que cumplan los siguientes requisitos: a) no podrán presentar ninguna limitación a su libre transmisión; b) deberán haber sido emitidos por entidades con sede social en algún país miembro de la OCDE en el que no concorra el carácter de paraíso fiscal; c) la entidad emisora de los valores o instrumentos financieros deberá auditar sus estados financieros anualmente (sin opinión desfavorable); d) la inversión no podrá suponer control sobre la entidad en la que se invierte, y e) la inversión no podrá tener lugar en entidades cuyos socios, administradores o directivos tengan una participación significativa en el grupo de la entidad gestora; 2) acciones y participaciones de entidades de capital riesgo sujetas al cumplimiento de ciertos requisitos; 3) instrumentos del mercado monetario, siempre que sean líquidos y tengan un valor que pueda determinarse con precisión en todo momento, no negociados en un mercado regulado y sujetos a varios requisitos, y 4) valores y derechos negociados en el Mercado Alternativo Bursátil y en el Mercado Alternativo de Renta Fija.



La ubicación de la función de verificación del cumplimiento normativo en las entidades aseguradoras

La entrada en vigor de Solvencia II, novedosa en tantos aspectos frente a la regulación precedente, abre numerosos interrogantes que las entidades superan, en muchos casos, acudiendo al sentido común.

¿Quién pasa a asumir la función de *compliance*? El director de la asesoría jurídica, claro (!).

Regresemos a los fundamentos. Esta función de cumplimiento normativo, o *compliance*, está recogida en el artículo 65.3 de la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras (LOSSEAR), como elemento integrante del sistema de gobierno.

El sistema de gobierno, corazón del pilar II del nuevo marco normativo, tiene por objetivo garantizar la gestión sana y prudente de la entidad. Los principios de buen gobierno, los cuales se traducen, también, en una responsabilidad directa del órgano de administración, se orientan a asegurar que toda decisión relevante de la organización sea sometida a control ejercido por otro. Con este espíritu debe valorarse toda aproximación a esta cuestión.

La transposición de esta legislación europea a nuestro acervo nacional está alineada, por otra parte, con una firme tendencia del legislador español a promover una cultura ética corporativa. Los programas de control que, cada vez con mayor incidencia, se establecen en las organizaciones para prevenir imputaciones delictivas, ayudan a implantar esa nueva perspectiva gerencial.

Más allá de que el cumplimiento normativo promueva una gestión sana y prudente y de que aporte una cierta dimensión ética al ejercicio del negocio, lo trascendente es que lo anterior se consigue porque es una herramienta de control. La literatura de auditoría interna se refiere, en un contexto similar, al modelo de las tres líneas de defensa, en el que se distingue entre los controles propios de los departamentos operacionales (primera línea); la gestión de los riesgos, que comprende el cumplimiento normativo (segunda línea), y la función de auditoría interna (última línea defensiva).

El titular de la función, crítica, de verificación del cumplimiento —o *compliance officer* en terminología anglosajona— encuentra su razón de ser en la prevención de riesgos legales para la empresa. Como sucede de forma más evidente con otras funciones esenciales de gobierno corporativo, se presume que su ejercicio goza de autonomía y dependencia directa con el órgano de administración. De lo contrario, cabría el riesgo de que, o bien el propio titular de la función, o bien su superior jerárquico, incurrieran en conflicto de intereses.

Las tareas básicas de la función de verificación del cumplimiento aparecen relacionadas en el artículo 66.3 de la mencionada Ley 20/2015 (LOSSEAR): asesoramiento al órgano de administración acerca del cumplimiento de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas, así como de su normativa interna; evaluación del impacto de cualquier modificación legal que afecte a la sociedad, y determinación y evaluación del riesgo de cumplimiento.

La asesoría jurídica está presente en todas las organizaciones empresariales, no sólo en las aseguradoras. Defiende, desde un punto de vista legal, los intereses de la entidad en su gestión diaria, y abarcan materias muy dispares de derecho laboral, fiscal, procesal, contractual... La visión de conjunto, crítica, revisora, debería asumirla un tercero, que puede ser interno o externo a la empresa. La externalización de la función de verificación, como posibilidad reconocida en la norma, confirma la *alteridad* de esta función. *Sensu contrario*, si la verificación del cumplimiento fuera competencia natural de las asesorías jurídicas, entonces la externalización de aquella carecería de sentido y, en todo caso, perdería toda virtualidad de elemento de control, pues en determinados aspectos auditaría sus propios actos.

La función de cumplimiento supervisaría, desde una perspectiva general, esa actividad asesora legal, pero alcanzaría además otros ámbitos del negocio sometidos a regulación externa o interna. La fidelidad al espíritu de la norma que impone esta función recomendaría, a mi juicio, ejercerla bajo el modo externalizado de modo preferente, no tanto por liberar los recursos internos de esa tarea como por incorporar el valor de una opinión no sesgada de un tercero con visión panorámica.

Solvencia II en los productos: directrices de gobernanza

El pasado 2 de junio se publicaron las Directrices preparatorias relativas a los procedimientos de gobernanza y vigilancia de productos para las empresas de seguros y los distribuidores de seguros. Aunque no resultan

vinculantes de forma inmediata (pues están dirigidas a las autoridades reguladoras-supervisoras en la voluntad de promover la convergencia antes de que se transponga la Directiva 2016/97 del Parlamento Europeo y



del Consejo, de 20 de enero, sobre la distribución de seguros) ni tampoco mediata (pues, aunque la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones las hiciera suyas, las entidades aseguradoras podrían separarse de su cumplimiento, conforme se deduce del artículo 158.4 del Real Decreto 1060/2015, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras, RDOSEAR), estas directrices marcan el camino (sirven «de puente» en términos literales) que refleja la aplicación de la cultura de Solvencia II a los productos de seguros y que anticipa lo que veremos plasmado en la regulación de transposición de la Directiva sobre la distribución de seguros. En el fondo, estas directrices no son sino la aplicación anticipada del artículo 25 de esta directiva. Los actos delegados de la Comisión y las leyes nacionales de transposición determinarán el alcance final de esta regulación preparatoria.

La Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, como el resto de las autoridades supervisoras, dispone de un plazo de dos meses para pronunciarse ante la Autoridad Europea de Seguros y Pensiones de Jubilación sobre si van a cumplir las directrices o, en su caso, los motivos de incumplimiento. Se puede descontar a estos efectos que, como en todos los casos anteriores, el regulador español las va a incorporar a su acervo. Asumida su próxima transposición nacional, al margen de la eficacia jurídica relativa de estas directrices, las entidades aseguradoras y distribuidoras no tienen elección si quieren estar alineadas con la regulación (ésta sí será vinculante) en proceso de elaboración y con la sensibilidad dominante de este tiempo.

En relación con el contenido, estas directrices se dividen en dos capítulos: para los que diseñan los productos, ya sean empresas o intermediarios, y para los que los distribuyen. En cuanto a los primeros, se impone la obligación de adoptar procedimientos de gobernanza de productos, es decir, medidas adecuadas para diseñar, supervisar, revisar y distribuir los productos para los clientes. Esos procedimientos, que serán escritos, revisables y a los que se les aplica el principio de proporcionalidad, tratarán

de evitar perjuicios para los clientes. El órgano administrativo los aprobará y será responsable de su adopción.

El producto —en el marco de estos procedimientos— se someterá a pruebas cuantitativas y cualitativas (previas a su comercialización) para evaluar si se ajusta a los objetivos. Este análisis *ex ante* se completará con revisiones periódicas y, en su caso, con la adopción de medidas correctivas si existiera perjuicio para los clientes. La entidad aseguradora seleccionará los canales de distribución que resulten idóneos para el producto y velará por que la información que suministre al distribuidor sea suficiente para comercializar adecuadamente el producto.

Las directrices para los distribuidores establecen la obligación de adoptar y aplicar procedimientos de distribución de productos (escritos, revisables y aprobados por el órgano de administración) que, en positivo, permitan tener en cuenta los intereses y las características de los clientes y que, en negativo, limiten los eventuales perjuicios que se les pueda ocasionar. Asimismo, crean obligaciones bilaterales entre fabricante y distribuidor, el primero debiendo facilitar al segundo toda la información necesaria para poder conocer *a priori* el público objetivo y el segundo debiendo advertir al fabricante si comprueba que el producto no se ajusta al mercado destinatario u otras manifestaciones susceptibles de entrañar riesgo para los clientes.

Aunque no estamos ante otra función crítica de Solvencia II, es inevitable que la música, y a veces la letra, nos recuerden mucho a algunas de ellas. Y, como tal, una garantía más para proteger a los clientes, con la contrapartida evidente de mayores cargas administrativas. Será el margen que aún tengan las capacidades internas de las entidades el que determine, en gran medida, si para la observancia de estas directrices se solicitan servicios externos. Desde el punto de vista material, la perspectiva multidimensional propia de los despachos de abogados asesores puede aportar un valor evidente en el cumplimiento de estas nuevas obligaciones.



Análisis jurisprudencial

Cláusulas lesivas, limitativas y delimitadoras del riesgo en el contrato de seguro

La Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 22 de abril del 2016 (JUR 2016/87926)

1. El supuesto de hecho

Una empresa dedicada a la actividad logística y de transporte había contratado dos pólizas de seguro con la misma entidad aseguradora. Una de ellas, de seguro de responsabilidad civil, cubría al asegurado los daños causados a terceros por su actividad de almacenaje, carga, descarga y transporte de mercancías, mientras que la otra, de seguro de transporte, cubría los daños a las mercancías transportadas y especialmente la destrucción, daños materiales y la desaparición de las mercancías aseguradas con ocasión o a consecuencia del transporte. Esta segunda póliza excluía los riesgos de pérdida y los daños y gastos que fueran causados por o a consecuencia de la caída de bultos en las operaciones de carga y descarga.

En una operación de carga, transporte y descarga de un kiosco denominado *Gastronomía Madrid*, el camión que transportaba el kiosco volcó al efectuar la descarga en el lugar de destino, causándole importantes daños. La empresa transportista demandó a la entidad aseguradora en reclamación de la indemnización correspondiente a los daños ocasionados a la mercancía transportada que previamente había resarcido al cargador.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y condenó a la aseguradora al pago de la indemnización en virtud del contrato de seguro de responsabilidad civil (Sentencia de 6 de marzo del 2013). Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial de Gijón lo desestimó y, aunque consideró que el siniestro producido era propio de la cobertura del contrato de seguro de transporte y no del seguro de responsabilidad civil, determinó que la cláusula de exclusión de los riesgos contenida en la póliza de transporte no era válida por ser limitativa de los derechos del asegurado y no reunir los requisitos legales de haber sido destacada de modo especial y aceptada específicamente por escrito (Sentencia de 31 de octubre del 2013). La compañía de seguros presentó recurso de casación que fue de-sestimado.

2. La sentencia del Tribunal Supremo

La cuestión objeto de debate ante esta jurisdicción se centra en la naturaleza e interpretación de la cláusula de exclusión de riesgos de la póliza de seguro de transporte de mercancías.

La compañía de seguros argumentaba que las operaciones de carga y descarga no son consustanciales al contrato de transporte de mercancías, sino que integran una actividad económica diferenciada, tanto desde el punto de vista de la práctica como del de la regulación, lo que justifica que su cobertura o exclusión se deje a la autonomía de la voluntad y la cláusula que la determina se considere una cláusula de delimitación del riesgo.

La sentencia considera que, desde un punto de vista teórico, la distinción entre cláusulas de delimitación de la cobertura del riesgo y limitativas de los derechos del asegurado es sencilla, puesto que las primeras concretan el objeto del contrato y fijan los riesgos que determinan la obligación de indemnizar de la compañía aseguradora, mientras que las segundas condicionan o modifican el derecho del asegurado a la indemnización una vez que se ha producido el siniestro. Sin embargo, no sucede lo mismo en la práctica, puesto que las fronteras entre ambas no son claras y muchas veces las cláusulas que delimitan el riesgo se asimilan a las limitativas de los derechos del asegurado.

Asimismo, con carácter general, estima que, «cuando legislativamente se estableció un régimen específico para que determinadas condiciones generales del contrato de seguro alcanzasen validez, se estaba pensando precisamente en las cláusulas que restringen la cobertura o la indemnización esperada por el asegurado. Estas cláusulas pueden ser válidas, pero para ello se requiere que el asegurado haya conocido las restricciones que introducen —es decir, que no le sorprendan— y que sean razonables, que no vacíen el contrato de contenido y que no frustren su fin económico y, por tanto, que no le priven de su causa».

Este es el punto de vista adoptado por la Audiencia que, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 58 de la Ley de Contrato de Seguro, el cual establece que «salvo pacto expreso en contrario, se entenderá que la cobertura del seguro comienza desde que se entregan las mercancías al porteador para su transporte en el punto de partida del viaje asegurado y terminará cuando se entreguen al destinatario en el punto de destino, siempre que la entrega se realice dentro del plazo previsto en la póliza», concluye que «la exclusión de la cobertura relativa a los daños producidos



en las labores de carga y descarga, en tanto que operaciones imprescindibles para la ejecución del contrato de transporte, resulta sorprendente para el asegurado que había contratado un seguro de transporte sobre las mercancías transportadas. Precisamente cuando hay contradicción entre las cláusulas que definen el riesgo y las que lo acotan es cuando puede producirse una exclusión sorprendente, en cuanto que ajena al aseguramiento de una mercancía con ocasión de su transporte, entendido como un todo, es decir, no sólo como un traslado, sino como una operación compleja que incluye la carga de la mercancía en el medio de transporte, el traslado de un lugar a otro y la descarga para la entrega

al destinatario. Como dicen las Sentencias 516/2009, de 15 de julio y 601/2010 de 1 de octubre, el carácter limitativo de una cláusula puede resultar del hecho de que se establezca una reglamentación del contrato que se oponga, con carácter negativo para el asegurado, a la que puede considerarse usual o derivada de las cláusulas introductorias o particulares». En definitiva, el momento en que comienza y termina la cobertura del seguro puede recortarse convencionalmente, pero dicho recorte se configura como una cláusula limitativa de los derechos del asegurado cuya validez dependerá del cumplimiento de los requisitos exigidos por el artículo 3 de la Ley de Contrato de Seguro.

Acción de repetición entre aseguradoras

La Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de abril del 2016¹ resuelve un caso relativo a la acción de repetición ejercida por una aseguradora sanitaria, condenada solidariamente junto con un médico incluido en su cuadro facultativo, contra la entidad aseguradora de la responsabilidad civil de dicho médico. La controversia gira en torno a si tal acción de repetición resulta procedente en este caso.

Tanto en primera como en segunda instancia se declara improcedente. El Tribunal Supremo, en cambio, estima la pretensión de la actora basándose en los siguientes razonamientos:

- 1.º De las actuaciones se extrae que la culpa exclusiva del médico es la que dio lugar al daño indemnizable, sin que se hubieran apreciado falta de medios o intervención de terceros en ese actuar.
- 2.º A la aseguradora de salud no se la condena ni por culpa *in vigilando* (art. 1903 del Código Civil o CC) ni por responsabilidad directa por posibles defectos asistenciales (art. 1902 CC).
- 3.º La condena de la aseguradora se fundamenta en el marco contractual existente entre ésta y el médico y en la garantía de buena atención y prestación de servicios incluida en la oferta del contrato que resultó incumplida. Por tanto, se la condena basándose en el principio de apariencia.
- 4.º Una cosa es la responsabilidad solidaria del médico y la aseguradora para con el paciente y otra cosa distinta es la responsabilidad que a cada responsable (médico y aseguradora) corresponde asumir según su

contribución en la proyección del daño. Es decir, la solidaridad de la responsabilidad externa no se traslada a la responsabilidad interna.

- 5.º El responsable solidario que haya satisfecho la deuda (indemnización) puede regresar contra los demás responsables (art. 1145.2 CC), por lo que la aseguradora sanitaria puede regresar contra el médico, pues es éste quien realmente tiene la totalidad de la culpa de la aparición del daño debido a la negligencia médica. En consecuencia, el «hecho propio» culpable no es de la aseguradora, sino del médico.
- 6.º Si el médico tiene asegurada su responsabilidad civil con otra entidad aseguradora, el codeudor solidario que satisfizo la deuda puede repetir contra dicho asegurador.

La decisión de la Sala de Casación acredita cuántas confusiones se vienen padeciendo en materia de responsabilidad de las entidades prestadoras del seguro sanitario.

Representémonos la diferencia entre una entidad aseguradora sanitaria y un centro sanitario al que se halla adscrito el profesional al que directamente se imputa la falta médica. Si el centro y el profesional fueran condenados solidariamente, el centro tendría siempre acción de regreso contra el profesional persona física, como resulta del artículo 1904 del Código Civil, y el regreso sería por el todo de la condena, no por parte de la deuda. La cosa sería así, aunque el centro hubiera sido condenado por «falta genérica del servicio» o por inadecuación de los medios puestos al servicio de su función. En tanto en cuanto el centro no hubiese «incrementado» el riesgo frente al creado por la

¹ STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) núm. 249/2016, de 13 de abril (RJ 2016\1492).



mala praxis médica, la culpa y la responsabilidad del centro es siempre responsabilidad por hecho ajeno, aunque se la denomine culpa *in vigilando*.

Con cuánta más razón será así cuando la concurrencia solidaria se da entre aseguradora y profesional sanitario. La jurisprudencia viene condenando a estas aseguradoras en una suerte de culpa vicaria *in eligendo* o *in vigilando* sobre el facultativo. No debe olvidarse que, a diferencia de lo que ocurre entre centro sanitario y facultativo, las prestaciones debidas por la aseguradora y por el

facultativo son incongruentes entre sí, no pueden concurrir en ninguna forma de cúmulo de responsabilidad porque la prestación contractual prometida por la aseguradora no es la prestación de un servicio curativo, sino la cobertura de un gasto. Con todo, si ha acabado imponiéndose esta jurisprudencia, queda justificado que la aseguradora disponga de acción de regreso por el todo porque la actividad de aquella es totalmente ajena a la imputación causal del daño médico y no puede haber contribuido ni intensificado de ninguna manera el riesgo propio de la conducta del facultativo.

Pérdida del derecho a la indemnización debido al incumplimiento por el asegurado del deber de información del proceso judicial al asegurador

Una reciente sentencia del Tribunal Supremo¹ ha establecido que el deber de información del artículo 16 de la Ley de Contrato de Seguro (LCS) tiene dos «deberes subyacentes»:

- El deber de comunicar el siniestro, *ex articulo* 16.1 de la Ley de Contrato de Seguro.
- El deber de comunicar las circunstancias y consecuencias del siniestro, *ex articulo* 16.3 de la misma ley.

Pues bien, respecto al caso resuelto en la sentencia, lo relevante es que el asegurado comunicó el siniestro a la entidad aseguradora, pero no la informó de la apertura de un proceso judicial instado por el tercero perjudicado sino hasta que tal proceso finalizó con sentencia firme en la que se condenó al asegurado al pago de una indemnización por responsabilidad civil. Éste, a su vez, se dirigió a la entidad aseguradora para que pagase la indemnización correspondiente al seguro de responsabilidad civil suscrito entre las partes.

El asegurador se opone a pagar la indemnización porque considera que el asegurado ha incurrido en dolo o culpa grave, que es la causa exoneratoria prevista en el artículo 16.3 de la Ley de Contrato de Seguro.

El Tribunal Supremo estima los argumentos de la entidad aseguradora y la exonera del pago, pues considera que el asegurado debía haberla informado de la existencia del proceso judicial. Sobre tal incumplimiento, indica lo siguiente:

[S]upone una grave desatención de sus obligaciones y un grave perjuicio al asegurador, al que se le ha impedido toda posibilidad de defensa, y que se agrava cuando tampoco se siguieron los trámites contractualmente previstos para la tramitación del expediente de responsabilidad patrimonial y consiguiente liquidación del siniestro.

Y ello es sin perjuicio de que el cumplimiento del deber de comunicación del siniestro puede conducir al de información, pues es posible cumplimentar aquella primera obligación y desatender luego los deberes de información complementaria a la aseguradora, como aquí ha ocurrido, para permitir[e] tramitar el siniestro, siempre a partir de una interpretación restrictiva de la norma tanto para valorar si ha habido dolo o culpa grave, como para estimar si se ha producido o no una verdadera violación del deber de información.

Sentado lo anterior, cabe destacar que esta resolución pone fin a la controversia que existía en la jurisprudencia menor en situaciones análogas, puesto que algunas Audiencias Provinciales, como la de Córdoba, Valencia, Barcelona o Asturias, consideraban que no existía dolo o culpa grave, sino negligencia (o incluso ni eso), en la no comunicación al asegurador del proceso judicial, mientras que incluso podría considerarse que la propia entidad aseguradora sería también culpable por incumplimiento del deber de diligencia que le es exigible *ex articulo* 18.1 de la Ley de Contrato de Seguro desde que conoce del siniestro.

¹ STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) núm. 264/2016, de 20 de abril (RJ 2016\1683).



Análisis operacional

La desnaturalización del seguro de transporte terrestre de obras de arte

Viene siendo habitual que determinadas entidades aseguradoras estén ofreciendo en el mercado pólizas de seguro de transporte terrestre de obras de arte como si de un seguro de daños «a todo riesgo» universal se tratase, de modo que tal seguro de transporte es utilizado incluso para asegurar las obras de arte durante su estancia en los museos, considerando el riesgo como itinerante.

En este trabajo se analiza la práctica descrita mediante una exposición de los principales argumentos que vendrían a colegir que se trataría de una desnaturalización fraudulenta de los perfiles naturales del seguro de daños para obras de arte.

1. El carácter dispositivo de la Ley de Contrato de Seguro en el régimen de grandes riesgos y la autonomía de las partes

Debemos comenzar indicando que el seguro de transporte terrestre de obras de arte se considera un seguro de grandes riesgos (actualmente regulado en el artículo 11 de la Ley de supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras o LOSSEAR), lo cual permitiría ampliar las coberturas y la vigencia temporal del contrato amparándose en la primacía de la autonomía de la voluntad de las partes.

Partimos de la base de que el seguro de transporte terrestre de obras de arte es un seguro especial dentro del seguro de transporte terrestre de mercancías. La Ley 50/1980 de Contrato de Seguro dedica su título II a los seguros contra daños, destinando, a su vez, la sección cuarta al seguro de transporte terrestre en exclusiva (arts. 54 a 62). Ello evidencia que el legislador quiso consagrar este tipo de seguro mediante una normativa especial y diferenciada de los demás seguros de daños existentes, por lo que se delimita la autonomía de este ramo respecto a los demás.

Pues bien, el carácter dispositivo y supletorio del contenido de la Ley de Contrato de Seguro no significa una total, absoluta e ilimitada primacía de la autonomía de la

voluntad de las partes, sino que lo propio es considerar que las normas que podríamos considerar esenciales en la regulación de los contratos guardan un carácter imperativo que no puede quedar desvirtuado. Por tanto, la autonomía de la voluntad de las partes deberá respetar algunas de las disposiciones *ex lege*. Los límites, que en muchas ocasiones se encuentran interrelacionados entre sí, pueden sintetizarse como sigue:

- *Desnaturalización del contrato de seguro*: no serán válidas las cláusulas o pactos que no respeten los elementos esenciales del contrato de seguro¹ o los principios básicos², puesto que ello desnaturaliza el contrato. Respeto a la naturaleza del contrato que se recoge en el artículo 1258 del Código Civil.
- Pero este respeto no se extingue en los elementos esenciales, sino que también se aplica a aquellos otros que podríamos considerar «especiales», es decir, los que son inherentes a cada tipo de contrato de seguro en cuestión. En nuestro caso, el seguro de transporte terrestre de mercancías viene definido en los artículos 54 y siguientes de la Ley de Contrato de Seguro, por lo que los elementos especiales que integran la naturaleza de este tipo de contrato se ven reflejados en tales preceptos.
- *Salvaguardia de los derechos de terceros*: no pueden ser desvirtuados por la autonomía de la voluntad de las partes los preceptos en los que la ley reconoce a un tercero un derecho propio, principalmente por encontrarse al margen del poder de disposición de los contratantes³.
- *El orden público*: el artículo 6.2 del Código Civil impide excluir voluntariamente la ley aplicable y la renuncia de los derechos reconocidos en ella cuando ello suponga ir contra el interés o el orden público. El respeto al orden público también se recoge en el artículo 1255 del mismo cuerpo legal. La vulneración se produciría, por ejemplo, en los

¹ Por ejemplo, ausencia de interés, la exclusión de la onerosidad, la falta de riesgo, la inexistencia de aleatoriedad y el deber de formalización por escrito.

² Por ejemplo, prohibición del enriquecimiento injusto, prohibición del aseguramiento del dolo o deber de respeto del principio indemnizatorio (*v. gr.*, se vulneraría al establecer una indemnización superior al daño realmente acaecido).

³ El artículo 6.2 del Código Civil impide la exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos cuando contraríen el interés o el orden público o perjudiquen a terceros, mientras que el artículo 7.2 del mismo cuerpo legal protege al tercero frente a cualquier daño provocado por todo acto u omisión intencionados.



supuestos en los que las partes introdujeran una cláusula que cubriera el siniestro producido por acción dolosa.

- *El abuso de derecho*: en cierto modo ligado al respeto del orden público tratado en los artículos 6.2 y 1255 del Código Civil, el artículo 7 del mismo cuerpo legal impide que la ley ampare el abuso de derecho o el ejercicio antisocial de este mismo. La prohibición del abuso de derecho no sólo se manifiesta en la fase postcontractual, sino que también guarda íntima relación con las fases precontractual y contractual.
- *El fraude de ley*: aunque el fraude de ley es una modalidad de abuso de derecho⁴, resulta procedente segregar esta figura con motivo de la práctica puesta en entredicho en este trabajo. Puede afirmarse que el fraude de ley se encuentra consagrado en el artículo 6.4 del Código Civil, así como en el propio artículo 1255 del mismo texto legal.

CARRASCO PERERA (*op. cit.*, pp. 362 y 363) indica que «sólo existe fraude de ley (abuso institucional de derecho) cuando la conducta que es realizada por el sujeto *simula* la realización del supuesto de hecho de la cobertura y persigue con ello eludir la norma naturalmente aplicable. Si el sujeto no simula el supuesto, pero lo realiza *para* escapar de la norma en otro caso aplicable, no habrá fraude de ley».

Partiendo de lo anterior, podemos afirmar que la extensión de la cobertura de la póliza de seguro de transporte terrestre de obras de arte a las estancias de éstas en museos y exposiciones supone incurrir en fraude de ley, al menos, desde una doble perspectiva:

- Por un lado, existe fraude de ley al desnaturalizarse al contrato. Ello es así por cuanto se está utilizando el contrato de seguro de transporte terrestre de mercancías para eludir la contratación de un seguro de daños convencional durante la estancia en la exposición. Asimismo, se está considerando como itinerante un riesgo que realmente no lo es. En definitiva, se está ante un caso de simulación.

Ello es especialmente trascendente si tenemos en cuenta que el régimen de uno y otro tipo de seguro difiere en muchos aspectos (a mayor abundamiento, la aplicación del régimen de grandes riesgos, que en el seguro de daños ordinario no tiene cabida en todo caso), entre otras consecuencias.

- Por otro lado, existe fraude de ley al quererse esquivar el pago del recargo por riesgos extraordinarios del Consorcio de Compensación de Seguros. En efecto, el artículo 4.1a del Real Decreto 300/2004, de 20 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento del seguro de riesgos extraordinarios, excluye de la obligación del pago del recargo a «las pólizas que cubran los riesgos derivados del transporte de mercancías». Sin embargo, si la obra de arte se encuentra asegurada mediante una póliza de daños que cubra el tránsito y la estancia, se deberá pagar el recargo correspondiente al «resto de riesgos sencillos», esto es, un 0,18 ‰ en la actualidad.

Como vemos, uno de los incentivos para asegurar las obras de arte durante su estancia en los museos y exposiciones mediante seguros de transporte de mercancías radica en que de este modo no se paga el recargo. Si tenemos en cuenta que el artículo 18 del Estatuto Legal del Consorcio de Compensación de Seguros considera estos recargos como «ingresos de derecho público exigibles por la vía administrativa de apremio» y que nos encontramos ante un caso de simulación, resultaría aplicable el artículo 16 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.

2. El principio de universalidad de riesgos y el término «clavo a clavo»

Es doctrina pacífica la concepción de que el seguro de transporte terrestre se configura bajo el principio de universalidad de riesgos, es decir, considerar que este tipo de seguro comprende los riesgos que amenazan a las mercancías durante el transporte, considerando incluidas las etapas intermedias en las que dichas mercancías están en reposo o estacionadas por motivos inherentes a la acción de transporte (por ejemplo, carga, descarga, depósito, paralización, etc.). En efecto, los artículos 58 y 59 de la Ley de Contrato de Seguro facultan a las partes para asegurar fases que, aunque no son intrínsecas al transporte, sí guardan una estrecha relación con él, aunque siempre dentro de ciertos límites que no pueden desnaturalizar el propio seguro, de modo que, por regla general, pueden asumirse los daños materiales que se produzcan con ocasión o a consecuencia del transporte.

Ahora bien, lo anterior no significa que las partes tengan vía libre a la hora de incluir o excluir riesgos asegurables en la póliza de seguro. Así, como señalé

⁴ CARRASCO PERERA, A.: *Tratado del abuso de derecho y del fraude de ley*, Aranzadi, 1.ª ed., 2016, p. 113.



líneas más arriba, no puede desnaturalizarse el seguro. El principio de universalidad de riesgos no significa tal cosa. Si bien es cierto que existe diversidad de intereses y riesgos en este tipo de seguro, ello no puede traducirse en el empleo excesivo de su cobertura para extenderla también al momento en el que las obras de arte se encuentren en la exposición o museo, convirtiendo la póliza en una especie de cajón de sastre.

Precisamente la naturaleza del contrato de seguro de transporte estriba en el movimiento, la itinerancia de las mercancías o bienes, pues constituyen la esencia del transporte, «lejos del estatismo de otros bienes que se aseguran bajo ramos diferentes»⁵. ¿Qué movimiento existe cuando la obra de arte se encuentra en una exposición? ¿Acaso no termina el transporte cuando, en general, tal obra de arte llega a su destino (museo o exposición)?

No podemos compartir la concepción de que la cobertura o seguro «clavo a clavo» (como suele conocerse en la jerga jurídica al seguro de transporte terrestre de obras de arte) incluya los periodos, por breves que sean, en los que las obras se hallen en una estancia, con independencia del número de exposiciones o museos en los que la obra se vaya a encontrar de forma sucesiva. En efecto, El término «clavo a clavo» es propiamente descriptivo: se asegura el transporte de un «clavo» (museo 1) a otro «clavo» (museo 2), y así sucesivamente, individualizando cada viaje y excluyendo los periodos en los que la obra se encuentra estacionada en cada «clavo», pues no hay transporte.

Lo anterior no es óbice para considerar que la obra de arte sí se encuentra asegurada cuando se deposita momentáneamente durante el periodo comprendido entre un «clavo» y otro, como, por ejemplo, el caso en el que la obra se deje en un almacén a la espera de que sea recogida por otro vehículo distinto, o el supuesto de que la obra cambie de vehículo durante el trayecto debido a una avería en el primero de ellos. En tales escenarios sí es posible hablar de riesgo *in itinere*, pues el periodo de no movimiento no desvirtúa la concepción global del transporte como un todo. La diferencia de estas «estancias intermedias» con las «estancias en museos» no es otra que la propia justificación de cada una de ellas: las primeras tienen su fundamento en

el acto del transporte, mientras que las segundas constituyen *in fine* el propio destino al cual las obras son transportadas. En definitiva, puede decirse que es la propia existencia de itinerancia durante el transporte la que marca la diferencia (la itinerancia de «clavo a clavo»), mientras que «los restantes ramos de daños en las cosas (incendio, robo, cristales, daños por agua...) parten de una localización del riesgo predeterminada en la póliza»⁶ (estancia en «el clavo»). Y ello sin olvidar que el artículo 59 de la Ley de Contrato de Seguro (LCS) faculta a las partes para excluir tales periodos intermedios o transitorios del aseguramiento del contrato suscrito.

3. Las distintas modalidades de pólizas contractables en el seguro de transporte terrestre de mercancías

Tampoco las distintas modalidades de pólizas empleadas en el seguro de transporte pueden justificar la desnaturalización de este negocio jurídico⁷. Ya sean pólizas por viaje o por un tiempo determinado (*ex art.* 57 LCS), lo cierto es que ninguna de ellas impide la individualización de cada viaje u operación de transporte como unidad asegurada por las mismas razones expuestas en el apartado anterior.

En efecto, incluso en las pólizas por tiempo determinado, que pueden ser las más controvertidas en este caso, no puede entenderse que la naturaleza temporal implica que existe una cobertura *omnibus*, sea cual sea el lugar en el que se encuentre la obra de arte. No debe confundirse la temporalidad relativa a la vigencia del contrato con las propias operaciones de transporte que tengan lugar durante dicha temporalidad. Lo asegurado realmente es cada una de esas operaciones.

Tampoco debe confundirse la cobertura de una pluralidad de viajes (caso típico de las pólizas abiertas) con la idea de que la obra de arte estará asegurada desde que comienza el primero de ellos hasta que finaliza el último, comprendiendo la totalidad temporal intermedia e incluyendo las estancias entre un viaje y otro. Lo asegurado es cada una de las operaciones de transporte, cada uno de los viajes, pero no la estancia intermedia. Lo contrario implicaría considerar que

⁵ VEIGA COPO, A. B.: *Tratado del contrato de seguro*, Aranzadi, 1.ª ed., 2009, p. 539.

⁶ TIRADO SUÁREZ, F. J.: «Seguro de transporte terrestre», 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., octubre del 2010, p. 1200.

⁷ A modo de recordatorio, cabe destacar los tipos existentes: 1) póliza ordinaria o especial, 2) póliza redonda, 3) póliza abierta, 4) póliza *a forfait* y 5) póliza flotante o de abono.



realmente estamos ante un único transporte, un único viaje, en lugar de una pluralidad.

4. Conclusiones

El seguro de transporte terrestre de obras de arte no puede utilizarse para asegurarlas durante su estancia en los museos o exposiciones, pues la naturaleza de este tipo de contrato no está ligada a tal fin. Tampoco puede ampararse su uso en la primacía de la autonomía de la voluntad de las partes bajo el régimen de los seguros de grandes riesgos ni bajo las distintas tipologías de pólizas existentes.

El principio de universalidad de riesgos y el término «clavo a clavo» ni faculta a las partes para expandir el ámbito aplicativo del contrato de seguro de transporte terrestre de obras de arte ni incluye la cobertura de las estancias en museos o exposiciones comprendidas entre el primer transporte y el último. El término «clavo a clavo» es propiamente descriptivo: se asegura el transporte de un «clavo» (museo 1) a otro «clavo» (museo 2), y así sucesivamente, individualizando cada viaje y excluyendo los periodos en los que la obra se encuentra estacionada en cada «clavo», pues no hay transporte.

La principal consecuencia de su mala utilización es la de incurrir en fraude de ley, al intentarse esquivar el pago del recargo de riesgos sencillos del Consorcio de Compensación de Seguros mediante la simulación y al aplicar a la estancia en los museos el régimen de grandes riesgos en todo caso (lo cual es inoportuno y puede desvirtuar consecuencias jurídicas vitales para

el seguro de daños ordinario e, incluso, propiciar una situación de abuso de derecho).

Con todo, debe destacarse que es discutible si el contrato de seguro «desnaturalizado» debe o no ser sancionado con la declaración de nulidad. El principio *falsa demonstratio non nocet* permitiría que el contrato se mantuviera en vigor pese a la nomenclatura que las partes contratantes le hubieran otorgado, es decir, el fondo o contenido del contrato se mantendría inalterado. En principio, la única posible consecuencia de la simulación no puede ser otra que la exigencia administrativa por parte del Consorcio de Compensación de Seguros del pago del correspondiente recargo y, en su caso, la sanción que fuere aplicable y la posible rescisión (que no nulidad) del contrato.

Asimismo, respecto a la posible infracción de la imperatividad de las normas de la Ley de Contrato de Seguro, el artículo 6.3 del Código Civil, en general, sanciona con la nulidad los actos contrarios a las normas imperativas. El artículo 2 de la Ley de Contrato de Seguro contiene un doble presupuesto fáctico: la imperatividad general y la exclusión de ésta en caso de pactos más beneficiosos para el asegurado. Ello implica que debamos aplicar el principio *utile per inutile non vitiatur* considerando inválidas las cláusulas que vulneren las estipulaciones imperativas de la ley y que no sean más beneficiosas para el asegurado, con independencia de que ése fuera o no el fin perseguido por las partes contratantes y dejando así la excepción de nulidad contractual para el caso de infracción de los elementos esenciales del contrato.

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

Pablo Muelas García

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

Ángel Varela

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

Fernando Igartua Arregui

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

Santiago Gómez-Acebo

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

Enrique Ortega

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

Filipe Santos Barata

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

Para más información, consulte nuestra web www.gomezacebo-pombo.com o diríjase al siguiente email de contacto: info@gomezacebo-pombo.com.